Das sog.
Selbstcontrahieren des Vertreters
nach
gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Universität zu Rostock
vorgelegt von

James Friedlaender,
Kammergerichtsreferendar zu Berlin.

ACAD
LUGD BAT
BIBL

Berlin.
Druck von H. Itzkowski, Gipsstr. 9.
1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0049

Dem Andenken meiner Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.
1) Erklärung des Themas und Begrenzung der Aufgabe (§ 1) 5
2) Litteratur (§ 2) 6

Kap. I.
I. Begriffliche Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens als eines Vertrages .
1) bei der indirekten Stellvertretung (§ 3) . . 10
2) bei der direkten Stellvertretung (§ 4) . . . 13
II. Principielle Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens aus rechtspolitischen Gründen (§ 5) 19
III. Zulässigkeit des Selbstcontrahierens als eines einseitigen Rechtsgeschäftes (§ 6) 23

Kap. II.
Stellung des positiven Rechts.
I. Stellung des römischen Rechts.
1) Mangel allgemein lautender Stellen (§ 7) . . 25
2) Die Solution des Vertreters
a) als Privatperson an sich als Vertreter (§ 8) 27
b) als solchen an sich als Privatperson (§ 9) . 31
3) Das Darlehn des Vertreters (§ 10) 34
4) Der Kauf des Vertreters
a) Das Verbot des Kaufs (§ 11) 37
b) der Auktionskauf: eine Ausnahme von diesem Verbot (§ 12) 38
II. Stellung der Novelle 72 und des gemeinen Rechts (§ 13) 40
III. Stellung des neuen bürgerlichen Rechts
1) im ersten Entwurf (§ 14) 42
2) im zweiten Entwurf und im bürgerlichen Gesetzbuch
a) prinzipielle Unzulässigkeit nach § 181 (§ 15). 44
b) ausnahmsweise Zulässigkeit
α) bei Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 16) 49
β) bei besonderer Erlaubnis
αα) kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 17) . 52
ββ) kraft Parteidisposition (§ 18) . . 54
c) Folgen der Uebertretung des Verbots (§ 19) 64

§ 1.

Erklärung des Themas und Begrenzung der Aufgabe.

Unter Selbstcontrahieren verstehen wir „die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit sich selbst, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen eines Dritten, gleichfalls von ihm Vertretenen."

Mit Absicht sagen wir „die Vornahme eines Rechtsgeschäftes", nicht den „Abschluß eines Vertrages". Denn einerseits umfaßt jener Ausdruck auch die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes, andererseits halten wir, wie unsere Ausführungen in den nächsten Paragraphen ergeben werden, einen Vertragsschluß mit sich selbst für eine begriffliche Unmöglichkeit. Doch wollen wir das Wort „Selbstcontrahieren" auch in unserer Bearbeitung beibehalten, da es sich nun einmal in der Literatur eingebürgert hat.

Aus unserer Definition folgt, 1) daß wir einen Vertreter jeder Art meinen, sei er durch Gesetz, wie der Vormund und die Organe juristischer Personen, oder durch Parteidisposition, wie der General- und Specialbevollmächtigte[1]), bestellt oder aus eigenem Antriebe als solcher aufgetreten, wie der negotiorum gestor (Geschäftsführer ohne Auftrag)[2]). Nur in den Fällen, in denen eine gesetzliche Norm einen Unterschied zwischen den verschiedenen Klassen von Vertretern macht, werden auch wir die Folgen dieser Differenzierung hervorzuheben genötigt sein; 2) daß wir nur die Fälle behandeln, in denen jemand als Vertreter auftritt: es scheidet somit der Fall aus, daß ein Makler seitens beider Contrahenten mit der Vermittlung eines Geschäftes

---

[1]) Eine Unterscheidung zwischen „Vertretern mit Verwaltungsbefugnis" und „Spezialbevollmächtigten" zu machen, wie es Rümelin in seinem Buche: „Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Rechte" tut, halten wir für nicht zweckentsprechend, ja sogar für überflüssig, da dieser Unterschied nur dann von Bedeutung ist, wenn in Wirklichkeit eine Offerte zum Selbsteintritt an den Vertreter ergangen ist, in diesem Falle aber der Wille der Parteien, nicht die gesetzliche Vorschrift, die nur dem Schutze des Vertretenen dienen soll, maßgebend ist.

[2]) Bei diesem kann natürlich es sich nur um Herbeiführung einer auf Ratihabition abgestellten Schwebezustandes handeln.

beauftragt wird[1]); 3) endlich, daß wir jene Fälle nicht in Betracht ziehen, da jemand kraft eigenen Rechts, nicht kraft seiner Vertretungsmacht, handelt. Gestattet ein Gesetz z. B. dem Pfandgläubiger, in der Auktion den verpfändeten Gegenstand selbst zu erwerben, so liegt kein Selbstcontrahieren des Gläubigers mit sich als Vertreter des Schuldners vor. Denn der Pfandgläubiger veräußert nicht in Vollmacht des Schuldners und in dessen Interesse, sondern aus eigenem Rechte und in eigenem Interesse[2]). Ebensowenig ist dies der Fall bei der einseitigen Aneignung beim Dispositionsnießbrauch, wenn wir auch nicht leugnen wollen, daß eine gewisse Aehnlichkeit zwischen ihnen und den sogenannten Selbstcontrahierungsgeschäften besteht.

§ 2.

Literatur.

Wohl selten ist eine Frage bis in die Gegenwart hinein[3]) so controvers gewesen wie das Problem, das uns beschäftigt: das Selbstcontrahieren des Vertreters. Hier hat man behauptet, das Selbstcontrahieren sei eine begriffliche Unmöglichkeit, dort: es sei wohl logisch denkbar, aber aus rechtspolitischen Gründen unzulässig, an einer dritten Stelle endlich, es sei sogar prinzipiell zulässig und nur ausnahmsweise zu verbieten. In den Vordergrund getreten ist jedoch unser Problem erst seit dem Erscheinen von Römer's Abhandlung: „Ueber das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst" in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19, S. 67 ff. Römer argumentiert so: Unbestreitbar ist der Satz, daß niemand sich zu sich selbst in eine Rechtsbeziehung setzen kann. Es kann weder jemand Eigentum von sich erwerben — denn was er erwerben würde, gehört ihm ja bereits — noch kann er eine Obligation mit sich eingehen; denn das durch die Obligation zu erzeugende Rechtsverhältnis ist die Herrschaft einer Person über den Willen einer anderen Person, Herrschendes und Beherrschtes können aber nicht identisch sein. Dem widerspricht aber keineswegs die Tatsache, daß jemand als Vertreter eines anderen mit sich als Privatperson einen Vertrag schließen könne. Allerdings so lange ein Recht nur die indirekte oder mittelbare Stellvertretung zuläßt, ist das sog. Selbstcontrahieren etwas psychologisch Undenkbares; hier würde wiederum der Vertreter nur Rechte gegen sich selbst erwerben. Doch sobald einmal ein Recht dazu gelangt ist, die direkte

---

1) cf. Salman in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 41 S. 371: „Die duplex persona bei der Begründung von Rechtsverhältnissen".

2) cf. Dernburg: Pandekten Bd. I S. 689.

3) cf. Entwurf 1 u. 2 zum B. G. B.

oder unmittelbare Stellvertretung anzuerkennen, ist auch der Weg für das Rechtsgeschäft des Vertreters mit sich selbst gebahnt. Denn darin besteht ja gerade die direkte Stellvertretung, daß die Rechte durch die Person des Vertreters hindurchgehen und unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen. Daß in diesem Falle der Wille ein und desselben Menschen, des Vertreters, die Wirkung hervorbringe, widerspricht dieser Ausführung nicht, „weil ja eben dieser Wille hier nichts innerlich Widersprechendes und nichts objektiv Unmögliches, sondern etwas innerlich Vereinbares und objektiv Mögliches will, eine andere Schranke aber als die im Wesen des Willens selbst liegende dem Willen nicht gesetzt, die Grenze des Willens nur eine psychologische ist". Sollte dies aber auch nicht zugegeben werden, so hindert uns nichts daran, im Falle des Selbstcontrahierens zwei Willen uns in Tätigkeit zu denken, da der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gelte und somit hier zwei Willen in Tätigkeit seien.

Das Resultat Römer's ist demnach: Mit der Zulassung der unmittelbaren Stellvertretung in einem Rechtssystem ist auch die Möglichkeit des Selbstcontrahierens gegeben. Das sei auch der Standpunkt des römischen Rechts, soweit dieses direkte Stellvertretung zugelassen habe, so bei der Solution und dem Darlehn. Nur für einzelne Fälle habe es positive Verbote erlassen.

Der Ansicht Römer's, wenigstens soweit diese auf aprioristischen Deduktionen beruht, haben sich angeschlossen Dernburg[1]), Kohler[2]), Mitteis[3]), v. Hahn[4]), Behrend[5]), und das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen, deren wichtigste für unsere Frage die des 1. Zivilsenats vom 23. November 1881 (Bd. 6, S. 11) ist, weshalb wir sie hier ausführlicher wiedergeben, zumal da wir in den einschlägigen Paragraphen sie häufiger citieren werden.

Der Senat hatte über folgenden Rechtsfall zu entscheiden: Der Vorstand zweier eingetragener Genossenschaften bestand aus denselben Personen. Diese leisteten Zahlungen für beide Gesellschaften an deren Gläubiger bald aus der einen, bald aus der anderen Kasse, je nachdem flüssiges Geld vorhanden war. Zu gewissen Zeiten rechneten sie dann ab und trugen das Ergebnis, ohne näher auf die einzelnen Posten einzugehen, in die beiderseitigen Handelsbücher ein. Eine dieser

---

1) Dernburg: Das Vormundschaftsrecht.

2) Kohler: Gesammelte Abhandlungen über gemeines und französisches Civilrecht Bd. 1.

3) Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung.

4) v. Hahn: Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29, Beiträge zur Lehre vom Commissionsgeschäft.

5) Behrend: Lehrbuch des Handelsrechtes.

eingetragenen Genossenschaften geriet nun in Konkurs und die andere klagte auf Feststellung der im Konkurse mangels Angabe der einzelnen Posten bestrittenen Forderung. Diese Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen, vom Reichsgericht aber für begründet erklärt. Die Entscheidungsgründe machten geltend, daß der vom Appellationsrichter angegebene Grund, es bestehe deshalb kein rechtsgültiges Schuldbekenntnis, weil der Vorstand beider Genossenschaften aus denselben Personen bestanden habe, nicht stichhaltig sei. Denn die zu einem Vertrage erforderliche wechselseitige Einwilligung, duorum in idem placitum et consensus[1]) sei hier vorhanden, sofern der Wille des Vertreters den des Vertretenen zu ersetzen vermöge. Selbst das Vorhandensein einer Interessenkollision schließe die Möglichkeit von solchen Geschäften nicht aus; vielmehr sei dies nur dann der Fall,

1) wo ein positives Verbot besteht,
2) wo der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte oder zu vermutende Wille des Vollmachtgebers sich nicht soweit erstreckt,
3) wenn die Erklärung des Willens seitens des Selbstcontrahenten eine solche ist, daß eine einseitige Zurücknahme nicht mehr möglich ist,
4) wenn dolus des Selbstcontrahenten vorliegt. — — —

Für prinzipielle Zulässigkeit des Selbstcontrahierens ist auch Grünhut[2]), der jedoch soweit geht, daß er auch außerhalb der direkten Stellvertretung in dem Falle, da ein Vertreter ermächtigt ist, im eigenen Namen, wenn nur auf fremde Rechnung, Verträge abzuschließen, die Möglichkeit des Selbstcontrahierens annimmt.

Diesen Vertretern für die prinzipielle Zulässigkeit des Vertragsschlusses des Bevollmächtigten mit sich selbst sind nun eine wohl ebenso stattliche Anzahl von Männern entgegengetreten, die das Selbstcontrahieren für begrifflich unmöglich halten. Bechmann[3]), Lepa[4]), Muskat[5]), Bähr[6]), Eccius[7]) und das Reichsoberhandelsgericht in verschiedenen Entscheidungen[8]). Dieses erklärt sich in No. 95 des 8. Bandes, wo es sich um die Frage handelt, ob der geschäftsführende Sozius Gesellschaftsforderungen durch Vereinbarung mit dem Schuldner

---

1) l. 1 § 2. D. de pactis 2, 14. l. 3 p. D. de pollic 50, 12.
2) Grünhut: Das Recht des Commissionshandels § 43 S. 482.
3) Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht Bd. II.
4) Lepa: Die Lehre von Selbsteintritt des Commissionärs.
5) Muskat: Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 33: „Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst."
6) Bähr: Gegenentwurf zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches.
7) Eccius: Preuß. Privatrecht.
8) Entscheidungen des R. O. H. Bd. 8 S. 392 f. Bd. 9 S. 431 f.

auf sich selbst übertragen könne, in verneinendem Sinne. Denn es sei „nach den Grundsätzen des Zivilrechts wie des Handelsrechts — von besonderen Ausnahmen abgesehen — rechtlich unmöglich, daß bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Kontrahenten durch eine und dieselbe Person vertreten werden können". In Band 9 S. 431 heißt es: „Allerdings ist es nicht statthaft, daß ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft mit sich selbst kontrahiere".

Bechmann's Gründe für seine Ansicht der begrifflichen Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens sind folgende: Das Essentiale eines Vertrages, das duorum pluriumve in idem placitum et consensus, die Einigung der Willen zweier oder mehr Parteien, sei beim Selbstcontrahieren nicht vorhanden, weshalb eben eine unüberbrückbare Kluft zwischen diesen beiden Erscheinungen sich auftue. Beim sog. Vertragsschluß mit sich selbst finde immer nur ein Willensentschluß statt, wenn derselbe auch auf Grund einer Ausgleichung widerstrebender Erwägungen gefaßt werde. Der Mensch könne nicht seine Seele in zwei Teile zerlegen und beide mit einander verhandeln lassen. Selbstcontrahieren sei also ein psychologisches Unding.

Bechmann sich anschließend hebt auch Lepa die Verschiedenheit der Tatbestände bei einem wirklichen Vertragsschluß und beim Selbstcontrahieren hervor; aber er führt noch weiter aus, daß beim Vertragsschluß des Stellvertreters mit sich selbst auch ein Mangel von wechselseitigen Willenserklärungen in die Erscheinung trete. Bei handlungsunfähigen oder zwar handlungsfähigen, aber abwesenden oder nicht erreichbaren Personen trete dieser Mangel klar zu Tage. Aber auch gegenüber anwesenden, handlungsfähigen Vertretenen sei das Fehlen jenes Erfordernisses zu konstatieren, denn „hier gehe regelmäßig die Vollmacht nicht dahin, daß der Vertreter durch eine solche Erklärung das Geschäft solle zu stande bringen können." Heftig gegen die Ausführungen des Reichsgerichts polemisierend, setzt Lepa schließlich noch auseinander, daß eine Interessenkollision bei einem Vertragsschlusse mit sich selbst ohne Ausnahme stattfinden müsse.

Muskat geht ebenfalls von dem Erfordernisse zweier Personen bei einem Vertragsschlusse aus, und so kommt auch er zu dem Resultat, daß ein Selbstcontrahieren etwas logisch Undenkbares sei. Folgt man allerdings der — nicht herrschenden — Theorie Savigny's, wonach nicht der Vertreter, wie nach der herrschenden Repräsentationslehre, sondern der Vertretene der eigentliche Kontrahent sei, so müsse man freilich ein Selbstcontrahieren für möglich erklären, da hier die erforderliche Anzahl von zwei Vertragsschließenden vorhanden sei. — —

Einen Mittelweg zwischen diesen beiden Extremen — begriffliche Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens auf der einen und prinzipielle

Zulässigkeit auf der anderen Seite — hat Rümelin eingeschlagen. Auch er erklärt ein Selbstcontrahieren als Vertragsschluß mit sich selbst, da er an den Erfordernissen von zwei Personen und zwei Willenserklärungen festhält, für unmöglich, kommt aber den Anhängern der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens soweit entgegen, daß er gleich ihnen in den von ihnen zum Beweise ihrer Ansicht herangezogenen Stellen des corpus iuris civilis Vertragswirkungen erblickt, die sich jedoch nicht — hier trennen sich seine Wege von den ihren — an einen Vertragstatbestand, sondern ausnahmsweise an ein einseitiges Rechtsgeschäft knüpfen.

Näher auf seine Ansichten an dieser Stelle einzugehen, halten wir für unnötig, da wir in unserer Abhandlung, die sich im Prinzipe mit den Ausführungen Rümelin's deckt, noch häufig auf ihn zurückkommen werden.

Bevor wir nun in die Bearbeitung unseres Themas eintreten, wollen wir noch eine kurze Uebersicht über die in Aussicht genommene Art und Weise unserer Betrachtung geben. Wir werden zunächst sowohl für die indirekte wie direkte Stellvertretung den Beweis zu erbringen suchen, daß ein Selbstcontrahieren als Vertragsschluß mit sich selbst begrifflich unmöglich und rechtspolitisch unzulässig ist, sich vielmehr nur als ein einseitiges Rechtsgeschäft mit anschließenden Vertragswirkungen darstellt. Dann werden wir die Bedürfnisfrage nach Zulassung solcher Geschäfte im römischen Recht stellen und unter Zurückweisung einiger Stellen, die die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens nach römischem Recht scheinbar ergeben, mehrere Entscheidungen anführen, die das Gegenteil beweisen. Hierauf sollen jene Stellen ihre Erledigung finden, bezüglich derer das römische Recht eine Ausnahme von seinem Prinzipe der Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens gemacht hat und die als einseitige Rechtsgeschäfte mit Vertragswirkungen zu erklären sind. Nachdem wir dann noch die Frage entschieden haben, ob das gemeine Recht an diesem Rechtszustand etwas geändert hat, gehen wir zur Betrachtung über, welche Stellung der erste und zweite Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs und schließlich dieses selbst zu unserem Probleme einnehmen.

§ 3.

Begriffliche Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens als eines Vertrages bei der indirekten Stellvertretung.

Unter indirekter oder mittelbarer Stellvertretung verstehen wir den Abschluß eines Rechtsgeschäftes durch einen Dritten im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung. Nicht nur schließt der Stell-

vertreter das Rechtsgeschäft ab, sondern auch die Wirkungen desselben entstehen allein in seiner Person. Der andere Kontrahent hat Rechte und Pflichten nur gegen ihn, nicht gegen die Person, für deren Rechnung das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde[1]). Erst durch einen zweiten, selbständigen Akt werden die Wirkungen auf den Vertretenen von der Zwischenperson, wie wir hier den Stellvertreter nennen wollen, übertragen. — Wenn wir nun die Frage aufwerfen: „Ist in einem solchen Falle ein Vertragsschluß des Stellvertreters mit sich selbst begrifflich möglich?", so muß die Antwort verneinend lauten. Das ist nun allerdings in der überwiegend großen Majorität geschehen, nur Grünhut[2]) hat selbst im Gebiete der indirekten Stellvertretung das Selbstcontrahieren durch eine Fiktion zu retten gesucht. Während nämlich alle Anhänger der principiellen Zulässigkeit des Vertragsschlusses des Stellvertreters mit sich selbst von dem Falle der indirekten Stellvertretung absehen, da unmöglich jemand Rechte und Verbindlichkeiten gegen seine eigene Person haben oder begründen könne — und dies müßte im Falle des Selbstcontrahierens der Zwischenperson unbedingt eintreten — argumentiert Grünhut so:

„Der Kommissionär, wie im Handelsrecht die Zwischenperson heißt, ist durch die Selbstübernahme des aufgetragenen Geschäftes Käufer oder Verkäufer geworden, aber nur in gleicher Weise wie es der dritte Kontrahent geworden wäre, wenn der Kommissionär die andere Alternative behufs Ausführung der Kommission gewählt und das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hätte. Dem Dritten gegenüber wäre er, da er den Kaufvertrag in eigenem Namen abzuschließen hatte, für Rechnung und im Auftrage des Kommittenten entweder Käufer oder Verkäufer geworden; da er nun auf Grund des Kommissionsauftrages gemäß der ihm gesetzlich zustehenden alternativen Befugnis das aufgetragene Kaufgeschäft in sich selbst abgeschlossen hat, ist er so zu behandeln, als ob er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des Käufers und Verkäufers vereinigte (dafür daß eine solche doppelte Eigenschaft in einer Person vereinigt sein könne, beruft sich Grünhut auf die l. 9 p. D. 2, 14: Unus homo plures sustinere potest personas); er gilt bei der Einkaufskommission zugleich als Verkäufer für seine eigene Rechnung und als Käufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten; er gilt bei der Verkaufskommission zugleich als Käufer für seine eigene Rechnung und als Verkäufnr im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten". Bezug auf diese Fiktion nehmend sagt er dann auf

---

[1]) cf. altes H. G. B. Art. 360, 2.
[2]) Grünhut a. a. O. S. 484.

S. 486 Anm. 37., daß der Kommissionär formell zwar Gläubiger und Schuldner, materiell aber Gläubiger oder Schuldner werde.

Diese Ausführungen Grünhut's sind als juristisch unhaltbar unserer Meinung nach zu verwerfen:

ad 1) die l. 9 p. D 2, 14 beweist keineswegs, daß das römische Recht anerkennt, daß in einer Person zwei Parteirollen vereinigt sein können. Denn a) findet sich dieser Satz weder in der citierten lex noch überhaupt in den Quellen, sondern in der citierten Stelle steht ungefähr gerade das Gegenteil: nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat.

b) würde sie selbst bei wirklichem Vorhandensein auch noch nichts beweisen: „lehrt uns ja doch jede einigermaßen eingehende Beschäftigung mit den Quellen, daß derartige gelegentliche Aeußerungen nicht aus ihrem Zusammenhange gelöst und als allgemeine Sätze aufgestellt werden dürfen."

ad 2) Grünhut leugnet keineswegs, daß auch nach seiner Ansicht hier nur eine Person in eigenem Namen einen Vertrag schließt, nur gelte diese eine Person hier aus zwei Personen bestehend. Doch diese Fiktion ist nicht haltbar: Denn wenn in der Realität eine solche Vereinigung eine unmögliche ist, so kann sie auch nicht die hypothetische Grundlage eines Rechtsverhältnisses bilden[1]).

Daß diese eine Person hierbei einmal nach der einen Richtung auf eigene und nach der anderen Richtung auf fremde Rechnung handelt, ist für den Abschluß eines Rechtsgeschäftes und seine Wirkungen ganz nebensächlich; es fehlt das essentiale negotii: das Vorhandensein von zwei Personen[2]).

ad 3) Die Ausführungen Grünhut's widersprechen den Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuchs (Art. 360, 2): „Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten."

Da hier kein dritter ist, so müßte der Kommissionär zugleich berechtigt und verpflichtet werden, was unmöglich ist[3]) [4]).

1) cf. R. G. E. Bd. V S. 59: „Es ist nicht nur nach positiven Rechtsvorschriften unzulässig, sondern an sich undenkbar, daß eine Person im eigenen Namen handelnd mit sich als ebenfalls im eigenen Namen Handelnden einen Vertrag schließt.

2) cf. v. Hahn a. a. O. S. 8f.

3) cf. Muskat a. a. O. S. 512.

4) Die Vorschrift des Art. 360, 2 ist, „weil er Selbstverständliches besagt", gestrichen (D. S. 249); derselbe Grundsatz gilt also auch in Zukunft.

So glauben wir gezeigt zu haben, daß im Rahmen der indirekten Stellvertretung ein Selbstcontrahieren unmöglich ist.

§ 4.

Begriffliche Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens als eines Vertrages bei der direkten Stellvertretung.

Aus unserer Darstellung im vorhergehenden Paragraphen ist zu ersehen, daß alle bezüglich der indirekten Stellvertretung sowohl im Wesen als auch in der Konstruktion derselben übereinstimmen. Was die direkte Stellvertretung anbetrifft, so ist diese Tatsache nur für das Wesen derselben zu konstatieren. Praxis wie Doktrin erklären einmütig, soweit die unmittelbare Stellvertretung anerkannt sei, betreffen die Wirkungen aus dem durch einen Vertreter vollzogenen Rechtsgeschäfte den Vertretenen unmittelbar, Rechte und Pflichten entstehen in ihm, ohne den Vertreter zu berühren. — Doch höchst kontrovers ist die Frage: Wer ist der eigentliche Kontrahent, wer schließt das Rechtsgeschäft ab? Hier haben sich zwei sich scharf gegenüberstehende Theorieen herausgebildet. Da, wie Muskat[1]) mit Recht bemerkt, von der richtigen Beantwortung der Frage, welcher von beiden Theorieen der Vorzug zu geben ist, die Lösung unseres Problems zum großen Teil abhängt, so werden wir nolens volens diesen Theorieen unsere Aufmerksamkeit schenken müssen.

Die eine Theorie, nach ihrem Hauptvertreter v. Savigny die Savigny'sche Theorie genannt, erklärt: Bei einem durch einen Vertreter vollzogenen Rechtsgeschäft sei nicht dieser, sondern der Geschäftsherr der wirkliche Kontrahent. Denn da der Bevollmächtigte nur in den Grenzen seiner Vollmacht handeln dürfe, somit an den Willen des Vollmachtgebers gebunden sei, sei der Geschäftsabschluß garnicht durch den Vertreter, sondern durch den Geschäftsherrn erfolgt[2]).

Daß dies auch der Standpunkt des römischen Rechts gewesen sei, beweisen vornehmlich die beiden Stellen des c. i. c. l. 22 D, de manum. vindic. 40, 2 u. l. 7 p. D. de calumniatoribus 3, 6. In der ersten Stelle wird von einem Vater, der seinem Sohn Vollmacht gibt, einem Sklaven freizulassen, gesagt: electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit. Aus den letzten beiden Worten schließt Savigny, daß auch nach dem römischen Recht der Vertretene — ipse —

1) Muskat a. a. O. S. 513.

2) cf. Savigny: Das Obligationsrecht Bd. II S. 59 „In allen Fällen wird der Vertrag von mir durch meinen Willen geschlossen und der Stellvertreter ist blos der Träger dieses meines Willens".

der eigentliche Kontrahent ist. Doch, so fragen wir, wo in aller Welt geht denn aus diesen Worten hervor, daß bei der Freilassung der eigentliche Kontrahent der Vater sei? Aus den Worten, die Savigny zum Beweise dafür anführt, ist dieser Schluß wahrlich nicht zu ziehen. Denn sie besagen doch nur, daß der Vater es ist, der der einen Mann freiläßt, einem Knechte die Freiheit schenkt; die Liberalität, die in der Freiheit liegt, rührt von ihm her, doch die Ausführung vollzieht der Sohn. Ihm war die Wahl überlassen, er führt also den Freilassungsakt aus. Die Wirkung allein erstreckt sich auf den Vollmachtgeber.

Dasselbe ist der Fall bei der zweiten citierten Stelle: si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium bonorum vel ab eo qui negotium meum gerere volebat, et ratum habui, ego dedisse intellegor.

Ja natürlich „ego dedisse intellegor“: es ist ersichtlich, daß der Geschäftsherr gegeben hat; denn sein Vermögen ist verringert; doch abgeschlossen hat nicht er, sondern der Bevollmächtigte.

Wie sollte auch das römische Recht, das nur mit Widerstreben und nur für die Realkontrakte die unmittelbare Stellvertretung zuließ, in einem Sprunge soweit gegangen sein, den Vertreter ganz auszuschalten? Für die römisch-juristische Denkungsart, die den Satz aufstellte: per liberam personam acquiri nobis non potest (Gaj. Inst. II § 95) war es ein gewaltiger Fortschritt, wenn sie die Wirkungen aus dem Kontrakte unmittelbar in der Person des Geschäftsherrn eintreten ließ; doch als den eigentlichen Kontrahenten betrachtete es nach wie vor den Vertreter.

Daß unsere Ansicht die richtige ist, beweist schlagend die l. 5 § 3 D. 3, 5: Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam.

Im schroffsten Gegensatz zu der Savigny'schen Theorie steht die sog. Repräsentationslehre, deren Hauptvertreter Windscheid, Laband, Ihering sind und die heute als die herrschende bezeichnet werden kann. Auch sie ist der Ansicht, daß die Wirkungen aus dem vom Vertreter abgeschlossenen Vertrage unmittelbar im Principale entstehen; der eigentliche Kontrahent sei aber eben der Vertreter. „Der Stellvertreter kann zwar materiell durch den Willen des Vertretenen völlig gebunden sein, allein formell juristisch ist er es, welcher will“ [1]).

---

[1]) Laband: in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X S. 192: Die Stellvertretung bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften.

„Es ist etwas ganz anderes: wollen, daß ein Vertrag geschlossen wird und einen Vertrag schließen.[1])

Vor allem aber ist hervorzuheben, daß nach der Savigny'schen Theorie der Stellvertreter sich kaum noch vom bloßen Boten, dem nuntius, unterscheidet. Denn nach ihr wäre ja der Stellvertreter auch nur das Sprachrohr des Vollmachtgebers.

Schließt man sich nun der Savigny'schen Theorie an, so wird man allerdings die Möglichkeit eines Selbstcontrahierens als eines Vertragsschlusses des Stellvertreters mit sich selbst anerkennen müssen. Hier ist die zu einem Vertrage nötige Willenseinigung, duorum in idem placitum et consensus, vorhanden. Denn es sind ja in der Tat zwei Willen vorhanden: der Wille des Vertretenen auf der einen und der Wille des Vertreters resp. des zweiten Vertretenen auf der anderen Seite. In Wahrheit liegt also hier gar kein Vertragsschluß mit sich selbst vor. Auch die zu einem Vertrage erforderliche Willenserklärung, die auch das Reichsgericht für notwendig erklärt, damit von nun an eine einseitige Rücknahme nicht mehr stattfinden kann, vermag hier zu stande zu kommen, wenn der Vertreter z. B. seinen Willen zu Protokoll einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person oder Behörde giebt oder vor Zeugen erklärt.

Darin können wir Muskat keinesfalls beistimmen, daß auch eine nicht vor Zeugen aufgenommene Privaturkunde als genügende Willenserklärung anzusehen sei. Denn mit Recht betont Lepa[2]): „Das mündlich zu mir d. h. vor mich hingesprochene Wort kann ich unbeachtet lassen, ohne die geringsten nachteiligen Folgen zu merken, die unterschriebene, aber in meinem Besitz verbliebene, Vertragsurkunde jeden Augenblick spurlos vernichten".

Dieser Theorie scheinen sich auch wirklich die Vertreter der prinzipiellen Zulässigkeit des Selbstcontrahierens, also besonders Römer und das Reichsgericht in seinen verschiedenen diesbezüglichen Entscheidungen angeschlossen zu haben.

Denn nachdem Römer[3]) zu beweisen gesucht hat, daß das Vorhandensein ein- und desselben Willens kein Hindernis für das Zustandekommen eines selbstcontrahierten Vertrages sei, führt er aus:

„Uebrigens gilt ja, wo die direkte Stellvertretung anerkannt ist, der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen; das Recht, welches die direkte Stellvertretung zuläßt, muß daher, wo der Stellvertreter für den Vertretenen mit sich selbst als Privatperson ein

---

1) Curtius: Die Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen S. 72.
2) Lepa a. a. O. S. 231.
3) Römer a. a. O. S. 69.

Rechtsgeschäft schließt, notwendig zwei Willen als in Tätigkeit tretend und das Rechtsgeschäft schließend annehmen". Hiermit kann Römer doch nur gemeint haben, daß hier zwei Willen insofern tätig seien, als einmal der Vertretene und dann der Vertreter je einen Willen haben, daß also der eigentliche Kontrahent der Vertretene sei. Denn daß Römer der Ansicht gewesen ist, es hätte in der Tat der Vertreter „zwei" Willen, dürfen wir wohl für ausgeschlossen halten.

Vollständig fehlgegriffen scheint uns auch hier die Argumentation Muskat's[1]) zu sein, der so folgert: Da Römer in seiner obigen Beweisführung die vielfach gebrauchte Formel „der Wille des Vertreters gilt rechtlich als Wille des Vertretenen" gebraucht, sei er offenbar ein Anhänger der Fiktionstheorie, also gerade der Theorie, die durch eine Fiktion die Repräsentationstheorie zu begründen sucht, nur daß Römer die Formel mißverstanden habe. Nein! gerade umgekehrt müssen wir u. E. schließen: da Römer die Fiktionstheorie falsch angewandt hat — „falsch" nach den Begriffen der Anhänger der Repräsentationstheorie — so ist er offenbar ein Verfechter der Savigny'schen Lehre.

Auch das Reichsgericht[2]) nimmt an, daß der Principal der Kontrahent sei, indem es die Behauptung des Beklagten, daß er nicht für sich, sondern als Stellvertreter eines Dritten abgeschlossen habe, nicht für einen vom Beklagten zu beweisenden Einwand, sondern für Leugnen der Klage erklärt; Beklagter behaupte hiermit ein anderes Geschäft als das in der Klage vorgetragene; es müsse also Kläger behaupten und beweisen, daß der Beklagte Vertragssubjekt sei[3]).

Ebenso steht es auf dem Standpunkt der Savigny'schen Theorie in einer Entscheidung[4]), wo es den Verkauf einer Ware seitens des Vertreters des Verkäufers an diesen selbst mit der Begründung für unmöglich bezeichnet, daß niemand „in eigenem Namen handelnd mit sich als ebenfalls in eigenem Namen Handelnden einen Vertrag abschließen könne", woraus deutlich hervorgeht, daß nach seiner Ansicht der Vollmachtgeber der Kontrahent ist.

Auch in der für unser Problem so wichtigen Entscheidung[5]) verläßt es seinen Standpunkt nicht; wenigstens haben wir keinen Grund, das anzunehmen. Denn die Begründung für die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens: duorum in idem placitum et consensus sei vorhanden, wenn einmal die Möglichkeit zugegeben ist, daß beim

---

[1]) Muskat a. a. O. S. 521.
[2]) R. G. E. Bd. 3 S. 121.
[3]) cf. Dernburg Pandekten Bd. I S. 278 Anm. 11.
[4]) R. G. E. Bd. 5 S. 58 ff.
[5]) R. G. E. Bd. 6 S. 11.

Vertragsschlusse der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältnis entstehen soll, zu ersetzen vermag" beweist doch keineswegs das Gegenteil, wie Muskat[1]) aus dem Worte „ersetzen" entnehmen zu müssen glaubt.

Der Savigny'schen Lehre nach ist also, um das zuletzt Dargelegte zusammenzufassen, ein Selbstcontrahieren logisch denkbar, mithin begrifflich möglich.

Entscheidet man sich dagegen für die Repräsentationslehre, die die herrschende ist und die auch im BGB[2]) den Sieg errungen hat, so ist der Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst ein logisches Unding. Denn da einerseits der Vertreter der wahre Kontrahent ist und andererseits zu jedem Vertragsschlusse begrifflich zwei Personen gehören, so kann ein s. g. Selbstcontrahieren gar nicht stattfinden: es fehlt die Gegenpartei.

Das Reichsgericht[3]) zieht aus der Tatsache, daß das durch den Vertragsschluß des Stellvertreters begründete Obligationsverhältnis in der Person des Vertretenen entsteht, die Folgerung, daß dieses Obligationsverhältnis auch zwischen den beiden von demselben Dritten vertretenen Personen entstünde, wenn der Vertreter zweier verschiedener Rechtssubjekte eine Verbindlichkeit des einen gegen das andere übernimmt."

Diese Folgerung ist aber irrig: denn daß die Wirkungen des Vertragsschlusses in der Person des Vertretenen entstehen, hat doch zur Voraussetzung, daß ein Vertragsschluß überhaupt erfolgt sei. Das ist eben, wenn man auf dem Standpunkte der herrschenden Repräsentationslehre steht, nicht der Fall, sobald als Kontrahent nur eine Person, nämlich der Vertreter, auftritt.

Doch da das Reichsgericht, wie wir aus drei Entscheidungen ersehen haben, der Savignyschen Theorie folgt, so mußte es eben zu diesem für uns unhaltbaren Resultate kommen.

Auch die Behauptung, daß im Falle des Selbstcontrahierens die zum Wesen des Vertrages erforderliche Willenseinigung vorhanden sei, ist hinfällig: denn diese Behauptung basiert auf der Prämisse, daß „beim Vertragsschluß der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältnis entstehen soll, zu ersetzen vermag". Diese Prämisse ist aber auf das Selbstcontrahieren

---

1) Muskat a. a. O. S. 522.

2) B. G. B. § 166: Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

3) R. G. E. Bd. 6 S. 13.

nicht anwendbar: das „Ersetzen" des Willens eines anderen ist doch nur denkbar, wenn der Vertreter in dem gegebenen Augenblicke seinen eignen Willen, den er als Individuum hat, auszuschalten vermag. Das ist bei den gewöhnlichen Fällen der Stellvertretung, wo der Vertreter nur im Namen und im Interesse des Vertretenen handelt, denkbar. Beim Selbstcontrahieren aber, wo der Vertreter seinen eigenen Willen beibehalten soll, ist ein solches „an die Stelle setzen" eines fremden Willens unmöglich. So kann beim Selbstcontrahieren immer nur ein Wille tätig sein, nur ein Willensentschluß erfolgen; es fehlt demnach die zum Wesen des Vertrages begrifflich notwendige Willenseinigung. — — —

Nun könnte man allerdings mit Eck[1]) einwenden, „daß es sich ebensowohl denken läßt, das ein Recht einen Vertragsschluß nur in dem Zusammenwirken zweier verschiedener Personen erblickt, als daß es ihn auch schon durch die Erklärung einer Person, ihr eigener Wille und der von ihr kraft Vertretung bestimmte Wille einer anderen Person treffe in einem gewissen Inhalte zusammen, zu stande kommen läßt. Es fragt sich nur, ob ein gegebenes Recht seinen Vertragsbegriff soweit ausdehnt, daß es ihn grundsätzlich auch durch Abmachungen des Vertreters mit sich selbst für verwirklicht erachtet oder nicht." Dagegen möchten wir aber sagen, daß der Begriff des Vertrages als eben dieses Rechtsverhältnisses keinen Aenderungen in seiner Wesenheit durch irgend ein positives Rechtssystem ausgesetzt sein kann und darf. Der Vertrag als solcher hat bestimmte, nur ihm eigentümliche Merkmale und Voraussetzungen — hierzugehört in erster Reihe eine Personenmehrheit — und sind diese in einem konkreten Falle nicht vorhanden, so ist vielleicht ein anderes Rechtsgebilde, wenn die betreffende Rechtsordnung es sanktioniert, entstanden, ein Vertrag aber sicherlich nicht[2]). Eine mehr oder minder, „feine Nüancierung[3])" im Begriffe des Vertrages ist ausgeschlossen.

Das Resultat der letzten beiden Paragraphen ist demnach: Sowohl bei der indirekten als auch bei der herrschenden und vom römischen Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuche angenommenen

---

[1]) Eck: in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 39 S. 266.

[2]) Es ist daher u. E. unrichtig, wenn Samson: „Das sog. Selbstcontrahieren nach gem. Recht und B. G. B." S. 13 sagt: „Die Entscheidung auf die Frage, ob das Selbstcontr. ein Vertrag ist oder nicht, ist allein daraus zu entnehmen, ob nach positivem Recht das Wesen Vertrages nur in der Herstellung einer Verbindung zwischen zwei Rechtssphären besteht oder ob ein tätiges Mitwirken, ein Mitwollen derjenigen, zwischen welchen die Rechtsbeziehung geschaffen wird, mit zum Begriffe des Vertrages gehört."

[3]) cf. Cohen: Das sog. Selbstcontrahieren des Vertreters nach gem. Recht u. B. G. B. S. 21.

Repräsentationstheorie der direkten Stellvertretung ist der Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst begrifflich unmöglich).

§. 5.

Prinzipielle Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens aus rechtspolitischen Gründen.

Dazu kommt, daß auch aus rechtspolitischen Gründen, nämlich wegen der Gefahr einer Interessenkollision, das Selbstcontrahieren als unzulässig bezeichnet werden muß. Denn im allgemeinen stehen sich doch bei einem Vertrage die wirtschaftlichen Interessen der Parteien feindlich gegenüber. Je teurer der Verkäufer seine Ware losschlägt, um so mehr leidet das Vermögen des Käufers. Je billiger der Verkäufer abzugeben z. B. durch die Konkurrenz, gezwungen wird, um so besser gestaltet sich die wirtschaftliche Lage des Käufers. Es herrscht eben auch in der Sphäre der wirtschaftlichen Interessen der „Kampf aller gegen alle“ [1]). Wenn wir diese Tatsache als feststehend ansehen müssen, wäre es da rechtspolitisch zulässig, die wirtschaftliche Lage zweier Menschen in einem bestimmten Falle oder in einem engeren oder weiteren Kreise von vermögensrechtlichen Beziehungen in eine Hand zu legen, indem sie durch dieselbe dritte Person sich vertreten lassen? Steigt die Gefahr der Uebervorteilung aber nicht ganz besonders, wenn der Vertreter auch zugleich sein eigenes wirtschaftliches Wohl zu berücksichtigen hat, wenn er seine eigene „Oekonomie“ zu der des durch ihn Vertretenen in Beziehung setzen darf? — Wir gehen zwar nicht so weit, daß wir erklären, es müsse immer eine Interessenkollision stattfinden [2]). Denn es läßt sich leicht ein Fall konstruiren, in dem die Vorteile beider Vertretenen voll und ganz gewahrt sind. Hat z. B. ein Bankier, der zum Vormund eines Mündels bestellt ist, von einem seiner Kunden, der sich gerade in Geldverlegenheit befindet, den Auftrag bekommen, die bei ihm deponierten Papiere zum heutigen Tageskurse zu verkaufen, so kann von einer Interessenkollision doch wahrlich nicht die Rede sein, wenn diese

1) cf. Lepa a. a. O. S. 234: Die Natur des Güterumsatzes bringt es mit sich, daß jeder Teil so wenig als möglich hinzugeben und soviel als möglich zu erlangen trachtet.

2) So auch Hupka: S. 283. „Es giebt zweifellos Fälle, in denen von einem Interessenkonflikt, den der Selbstcontrahent auszutragen hätte, keine Rede sein kann. Dies gilt nicht nur für Liberalitäten des Vertreters an den Vertretenen, sondern auch für entgeltliche Geschäfte, bei denen Leistung und Gegenleistung durch die Vollmacht oder andere Umstände in jeder Hinsicht so genau bestimmt sind, daß ein die beiderseitigen Interessen abwiegendes Ermessen des Doppelvertreters vollständig ausgeschlossen erscheint.“

Papiere von dem Bankier als Vertreter des Mündels aus dessen in sicheren Papieren anzulegendem Vermögen gekauft werden. Anderseits können wir uns aber keineswegs der Ansicht des Reichsgerichts[1]) anschließen: „Auch wenn die beiden Personen", so führt die betreffende Entscheidung aus, „zwischen denen das Obligationsverhältnis zu stande kommen soll, beim Abschlusse des Vertrages ein entgegengesetztes Interesse haben, erscheint der Abschluß desselben durch einen gemeinsamen Vertreter nicht ausgeschlossen. Am wenigsten unterliegt dies dann einem Bedenken, wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrages nicht von dem Belieben des Vertreters abhängt, sondern ihm durch die von ihm vertretene Person vorgeschrieben und von einem seiner Einwirkung unzugänglichen Umstande, z. B. dem Ausgange einer Versteigerung, dem Ermessen eines Dritten, dem zeitweiligen Marktpreise abhängig gemacht ist."

Diese Ausführungen beweisen aber u. E. für die prinzipielle Zulässigkeit des Selbstcontrahierens garnichts. Denn auf der einen Seite muß doch unbedingt der Vertreter, wenn er nicht zum Boten und Sprachrohr des Vollmachtgebers herabsinken soll, immerhin noch innerhalb gewisser Grenzen seinen Willen entscheidend in die Wagschale legen, also bestimmend in die Vermögenssphären der beiden von ihm vertretenen Personen eingreifen können; je eifriger er bei der Auktion für den Verkäufer tätig ist, je höher er also die Preise treibt, desto ungünstiger wird die Lage für den von ihm gleichfalls vertretenen Käufer. Auch auf den Ausspruch des Dritten wird er durch Hervorhebung der guten bezw. schlechten Eigenschaften des Obligationsgegenstandes zu Gunsten bezw. zu Ungunsten der einen oder anderen Partei einreden können. Denn wäre hier an den Fall gedacht, daß der Vertreter ohne weiteres sich dem Worte des Dritten beugen müsse, so wäre er eben kein Vertreter und Bevollmächtigter, sondern ein Bote, der den beiden Parteien die Erklärung zu überbringen hätte, oder ein Makler, der den Abschluß des Vertrages vermitteln würde. Andererseits bilden jene oben genannten Fälle doch gewiß nicht die Regel, sondern nur sehr vereinzelt vorkommende Ausnahmen.

Dieser letzte Einwand trifft auch die weitere Ausführung der Entscheidung, in der erklärt wird, daß selbst in dem Falle, wo der Inhalt des Geschäftes erst durch den Vertreter bestimmt werden soll, doch ein Punkt gefunden werden könne, in welchem diese Verschiedenheit sich in Uebereinstimmung auflöst, „nämlich wenn die Vertragsbedingungen als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der

[1]) R. G. E. Bd. 6 S. 14.

beiden Teile erreichbar günstigsten erscheinen". Denkbar ist allerdings ein solcher Fall, aber vorkommen wird er nur selten.

Ferner spricht für die Gefahr der Interessenkollision der Mangel einer festen Bindung seitens des Vertreters. Wodurch will der eine oder der andere Vollmachtgeber die Vollziehung des Vertragsschlusses zu einer bestimmten Zeit beweisen? Dieser Moment kann nun aber, wie man ohne weiteres einsieht, von der größten Bedeutung sein. Nehmen wir den Fall, der Vertreter habe als Vertreter des A an sich als Vertreter des B Papiere verkauft, deren Kurs in kurzer Zeit enorm gestiegen wäre. War der Kauf bereits gestern vollzogen, so ist ein bedeutender Schaden auf seiten des Verkäufers; ist der Vertrag aber erst heute zu stande gekommen, so ist der Käufer im Nachteil. Beiden Vertretenen muß an der Feststellung des betreffenden Termins in einem solchen Falle gelegen sein. Diese Gefahr ließe sich allerdings nun so vermeiden, daß man es dem Bevollmächtigten zur Pflicht macht, den Abschluß vor Zeugen vorzunehmen oder zu Protokoll einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person zu erklären, oder auch in Handels- oder sonstige Bücher einzutragen. Doch ganz abgesehen davon, daß es sich nur schwer feststellen lassen wird, ob der Vertreter dieser Pflicht rechtzeitig nachgekommen ist, sind alle diese Formen höchst lästig und erschweren die Freiheit und Ungebundenheit des Verkehrs in unliebsamer Art und Weise.

Ganz offenbar ist nun, daß die Gefahr der Uebervorteilung noch bedeutend erhöht wird, wenn der Bevollmächtigte nicht zwei außenstehende Personen vertreten, sondern mit sich im eigenen Namen das Geschäft abschließen würde. Selbst für diesen Fall die Gefahr der Interessenkollision zu leugnen, hat auch das Reichsgericht nicht versucht.

Die Gefahr der Interessenkollision hat bereits das römische Recht mit gewohnter Schärfe erkannt und durch verschiedene Bestimmungen zu beseitigen gesucht.

An erster Stelle ist die wiederholentlich[1]) ausgesprochene Regel zu nennen tutor in rem suam auctor fieri non potest: in eigenen Angelegenheiten kann der Vormund seinem Mündel nicht die Auktoritas, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, interponieren.

„Der Grund dieser Rechtsnorm kann kein anderer sein, als daß man den Pupillen schützen wollte gegen die Gefahr einer Benachteiligung durch den Tutor[2])". Wenn dies aber die ratio legis ist, dann drängt sich von selbst die Frage auf: Wie ist es verständlich, daß

[1]) Gaius I § 184; § 3 Just. 1, 21; l. 1 p. 5 p. 7 p. 12, 18, 22 D. 26, 8.
[2]) Rümelin a. a. O. S. 45.

da, wo der Wille des Mündels zusammen mit dem des Vormundes nicht genügt, um den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, der Wille des Vormundes dies Allein vermag[1])?

Wir werden übrigens auf die citierte Stelle noch unten zurückkommen.

Ferner sind hier die Sätze anzuführen, die zwar auch nicht von einem Selbstcontrahieren handeln, aus denen aber gleichfalls ein Schluß auf dieses gezogen werden kann. Gemeint sind die Stellen, in denen die Römer einen Vertragsschluß garnicht oder doch nur ungern und allmählich zuließen, weil hier eine Partei in Folge der Vereinbarung der Kontrahenten noch offen gelassene Vertragspunkte festsetzen sollte und die Rechtsgelehrten deshalb eine Interessenkollision befürchten, nämlich:

l. 35 § 1 D. de contrah. empt. 18, 1. Gaius libro decimo ad edictum provinciale: Illud constat imperfectum esse negotium cum emere volenti sic venditor dicit: quanti aestimaveris, habebis emptum.

Gaius III, 140. Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter vos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit, ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Otilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Promulus secutus est.

In der ersten Stelle erklärt Gaius — wir folgen bei dieser Interpretation Bechmann in seinem Werke über den Kauf Bd. II. S. 347 f. — daß ein gültiger Kaufvertrag überhaupt nicht zu stande kommt, wenn die Preisbestimmung erst durch den Käufer noch zu erfolgen habe.

Die zweite Stelle behandelt den Fall, daß ein Unbeteiligter — Titius — den Kaufpreis festsetzen solle; auch hier bestreitet Labeo und Cassius, daß der Kauf rechtsgültig sei, während Otilius und Proculus die gegenteilige Ansicht vertreten.

Niemand dürfte nun die Logik des Schlusses bestreiten: Wenn schon die Römer dort eine Interessenkollision fürchteten, wo nach dem Willen der Parteien eine solche vorauszusehen war oder doch leicht eintreten konnte und deshalb das Zustandekommen eines gültigen Vertrages leugneten, mußten sie wohl sicherlich in den Fällen der Wahrnehmung der Interessen zweier Personen durch einen der beiden Kontrahenten oder durch einen Dritten, ohne daß diesem eine besondere Vollmacht gerade zu diesem Rechtsgeschäft erteilt war, einen

[1]) Diese Consequenz zu ziehen hat Römer vergessen.

Vertragsschluß für ungültig erkären. So können wir den Worten Rümelin's[1]) unbedingt zustimmen:

„Hält man die Bestimmungen über die Festsetzung gewisser Vertragspunkte durch eine Person auf Grund einer Verabredung der Parteien mit den Bestimmungen über Auktoritaserteilung zusammen, so ergiebt sich jedenfalls eine gewisse Sprödigkeit des römischen Rechts gegen die Zulassung einer Wahrnehmung kollidierender Interessen durch eine selbst unmittelbar beteiligte Person".

§. 6.

Zulässigkeit des Selbstcontrahierens als eines einseitigen Rechtsgeschäftes.

Begriffliche Unmöglichkeit auf der einen Seite, Unzulässigkeit aus rechtspolitischen Gründen auf der anderen treten so der Anerkennung eines Vertragsschlusses des Stellvertreters mit sich selbst hemmend entgegen. Ein Vertragstatbestand kann im sog. Selbstcontrahieren nicht gefunden werden und würde, wenn es selbst möglich wäre, zu Konsequenzen führen, die eine Rechtsordnung nicht gut heißen kann.

Wir könnten uns mit der Feststellung dieses Resultates aus logischen Deduktionen begnügen, wenn sich nicht in der Kodifikation Justinians, wie wir weiter unten ausführlich darstellen werden, Rechtsfälle vorfänden, in denen bei Rechtsgeschäften, die der Vertreter als solcher mit sich als Privatperson oder als Vertreter eines anderen Dritten abschließt, Vertragswirkungen d. h. solche Wirkungen, die im allgemeinen sich nur an einen Vertragstatbestand knüpfen, sich zeigten z. B. die Aufnahme eines Darlehns durch den Vertreter aus dem Vermögen des Vertretenen. Von einem Vertrag kann natürlich auch in diesen Fällen keine Rede sein. Denn wie wir bereits oben gezeigt haben, ist der Begriff des Vertrages ein für alle Mal gegeben und läßt sich nicht auf Abmachungen des Vertreters mit sich selbst ausdehnen. Ebensowenig können wir diese Entscheidungen als Ausnahmen von der logischen Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens bezeichnen, da die Logik keine Ausnahmen von ihren Regeln kennt. Doch keineswegs ausgeschlossen ist die Möglichkeit, daß ein Rechtssystem an einen Tatbestand, der keineswegs einen Vertrag darstellt und darstellen kann — weil z. B. das wichtige Erfordernis duorum in idem placitum et consensus fehlt — Wirkungen im obigen Sinn knüpft. Das widerspricht nicht etwa den Ausführungen, mit denen wir den Darstellungen Eck's a. a. O. entgegengetreten sind. Denn wir modifizieren damit

[1]) Rümelin a. a. O. S. 53.

nicht den Begriff des Vertrages, suchen ihm keine weitere Ausdehnung zu geben, sondern sind nur der Meinung, daß auch einmal Vertragswirkungen an ein einseitiges Rechtsgeschäft von dem Gesetzgeber geknüpft werden können.[1])

Nach der Kreationstheorie, die die herrschende und die des B. G. B. ist (cf. § 794: Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. — Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist.) gründet sich die Verpflichtung aus dem Inhaberpapiere auf dessen Ausstellung. Diese erscheint als ein kraft Gesetzesnorm rechtswirksames einseitiges Schuldversprechen. Darum bedarf es zur Entstehung der obligatorischen Haftung (also einseitiges Rechtsgeschäft mit Vertragswirkungen) nicht der Annahme seitens des zum Empfänger der Urkunde bestimmten Gläubigers noch überhaupt der Begebung des Inhaberpapieres durch den Aussteller. Dieser ist zur Einlösung der Urkunde verpflichtet, selbst wenn sie gegen seinen Willen in den Verkehr kommt[2]). Alle diese Wirkungen, die sonst nur an einen Vertrag sich knüpfen, sind somit durch den Willen des Gesetzgebers an ein einseitiges Rechtsgeschäft gebunden worden.

Dieselbe Erscheinung finden wir beim Wechsel. Aus Art. 21 Abs. 4 der W. O. (die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden) geht deutlich hervor, daß „die verpflichtende Kraft des Acceptes nicht auf dem Vertragsverhältnisse zwischen Aussteller und dem Bezogenen, sondern ausschließlich auf die Niederschrift des Acceptes und der darin enthaltenen einseitigen Willenserklärung des Bezogenen beruht, die nicht dem Aussteller allein, sondern sämtlichen Wechselinhabern gegenüber abgegeben wird und in ihrer Rechtswirkung mindestens dem dritten Wechselinhaber gegenüber völlig unabhängig ist von dem Rechtsverhältnisse zwischen Aussteller und

---

[1]) cf. Rümelin a. a. O. S. 18 f. Endemann: Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuches Bd I S. 345: „Das Selbstcontrahieren ist kein Vertrag, sondern ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft." Leonhard: Die besonderen Rechtszweige im Entwurfe S. 79. Cohen a. a. O. S. 19, der diesen Standpunkt für einen vollkommen richtigen und logischen hält, gleichzeitig aber erklärt, daß man dieser Theorie nur dann sich anschließen kann und darf, wenn tatsächlich andere Erklärungsversuche unmöglich sind." — In dieser Lage befinden wir uns aber.

[2]) cf. Endemann a. a. O. I S. 885 f.

Bezogenem, auf einen Vertragsakt deshalb nicht zurückgeführt werden kann[1])".

Der beste Beweis für unsere Behauptung findet sich jedoch im Art. 6 Abs. 2 der W. O., der den sog. trassiert eigenen Wechsel zuläßt. Bei diesem ist Aussteller und Bezogener dieselbe Person, so daß hier die Wirkung des Acceptes jedenfalls nicht aus einem Vertrage hergeleitet werden kann.

Wir ersehen aus diesen Ausführungen, daß eine Rechtsordnung sehr wohl Vertragswirkungen an einen Tatbestand, der kein Vertragstatbestand sein kann, zu knüpfen vermag, und so kommen wir mit Rümelin zu dem Resultate, daß in jenen unten näher ins Auge zu fassenden Fällen nicht ein Selbstcontrahieren im Sinne eines Vertrages des Vertreters mit sich selbst, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft vorliegt, an das der römische Gesetzgeber ausnahmsweise Vertragswirkungen sich knüpfen läßt. „Der Beweis für diese Anknüpfung muß natürlich von dem, der sie behauptet, erbracht werden."

Doch, so könnte jemand einwenden, sind damit auch die rechtspolitischen Bedenken, die wir oben gegen die prinzipielle Zulässigkeit des Selbstcontrahierens geltend machten, gehoben? An und für sich, so lautet unsere Antwort, bestehen diese fort. Aber wir dürfen wohl annehmen, daß eine Rechtsordnung, die die Selbstcontrahierungsgeschäfte nur als ganz vereinzelte Ausnahmen zuläßt, in diesen wenigen Fällen durch besondere Gesetzesbestimmungen der Interessenkollision vorgebeugt resp. die Gefahr derselben im Verhältnis zu dem Vorteile, den der Vertretene beim Selbstcontrahieren hat, außer Acht lassen zu dürfen geglaubt hat. Eine Bestätigung für diese Annahme finden wir in den dies bezüglichen Bestimmungen sowohl des römischen Rechts als auch des bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 7.

Mangel allgemein lautender Stellen im römischen Recht.

Mag man auf dem Standpunkte der Savigny'schen Lehre von der Stellvertretung stehen und daraus als Konsequenz die logische Möglichkeit des sog. Selbstcontrahierens ziehen oder mag man sich, wie wir, der Repräsentationslehre zuneigen und die begriffliche Unmöglichkeit eines Vertragsschlusses mit sich selbst konstatieren, so viel steht fest, daß das Problem des Selbstcontrahierens in einem Rechtssysteme, das wie das römische die indirekte Stellvertretung zum Prinzipe erhob, nur in den vereinzelten Fällen, wo das Recht eine unmittelbare

1) R. G. E. Bd. 24 S. 90.

Stellvertretung anerkannte, auftauchen konnte. Denn „wenn ein Recht den Gedanken, daß durch die Willenserklärung einer Person Vertragswirkungen für eine andere entstehen können, nicht im allgemeinen entwickelt, also vor allem nicht bezüglich des Ersatzes von Offert- und Accepterklärungen der Partei durch entsprechende Erklärungen des Stellvertreters, da wird dies schwerlich gerade in dem singulären Fall des Selbstcontrahierens geschehen.“[1])

Nun wissen wir aber, daß das römische Recht die direkte Stellvertretung nur bei dem Besitz- und dem dadurch vermittelten Eigentumserwerb[2]) sowie bei dem Darlehn[3]) zuließ. Und in der Tat finden wir auch in den Quellen Entscheidungen bezüglich des Selbstcontrahierens nur bei diesen Rechtsgeschäften. Auch wird gerade bei ihnen das Bedürfnis nach Selbstcontrahieren sich in starker Weise geltend gemacht haben, da sie die Geschäfte des täglichen Lebens exerchen waren — eine Tatsache, die wohl auch die Ursache dafür bildete, daß bei ihnen direkte Stellvertretung anerkannt wurde.

Daß unter diesen Verhältnissen nicht ein allgemeines Prinzip über die Unmöglichkeit oder Möglichkeit bezw. Zulässigkeit des Selbstcontrahierens im römischen Rechte aufgestellt wurde, kann uns nicht Wunder nehmen, um so weniger als nicht einmal allgemeine Regeln über die direkte Stellvertretung, soweit sie anerkannt war, sich in den Quellen finden lassen. Dazu kommt, daß die Kodifikation Justinians ja überhaupt die einzelnen Rechtsfragen nur kasuistisch behandelte, zu allgemein gültigen Prinzipien, wie wir sie heute in dem allgemeinen Teile eines jeden modernen Gesetzbuches finden, daher nicht gelangen konnte.

Nur eine einzige, bereits oben berührte, in den Quellen häufiger citierte Stelle findet sich, die zwar nicht direkt ein Verbot des Selbstcontrahierens[4]) ausspricht, wohl aber einen Schluß auf dieses gestattet: l. 1 pr. D. 26, 8:

In rem suam auctorem tutorem fieri non posse.

Keinen Beweis dagegen erbringt die manchmal zu diesem Zweck citierte l. 9 pr. D. depactis 2, 14, in der bestimmt wird, daß der Tutor mehrerer Pupillen, die gegen einen Kridar eine Forderung haben,

---

[1]) Rümelin a. a. O. S. 23.

[2]) l. 1 C. 7, 32; l. 35 D. 41, 1.

[3]) l. 1 § 4 l. 9 § 8 D. 12, 1.

[4]) Wenn wir oben gesagt haben, daß diese Stelle einen Schluß auf das Selbstcontrahieren zuläßt, so müssen wir diese Behauptung noch einschränken. Ein Schluß läßt sich nämlich nur ziehen für das Verhältnis vom Tutor zum Pupillen, da ja ein auctoritatem interponere nur zur Gültigkeit der obligatorischen Verpflichtung des Mündels erforderlich ist.

bei der Abstimmung über einen Zwangsvergleich nur als eine Person gezählt wird, also auch nur eine Stimme abgeben könne mit der Begründung: „nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat: es ist schwierig, daß bei einer solchen Abstimmung ein Mensch zweimal gezählt wird". Abgesehen davon, daß, wie wir bereits oben ausgeführt haben, ein einzelner Satz nicht zum Zweck eines Beweises für eine Behauptung aus dem Zusammenhange gerissen werden darf, spricht doch diese lex von allem anderen eher als von dem Abschluß eines Vertrages des Vormundes mit sich selbst.

Dieselben Gründe lassen sich gegen mehrere Stellen erbringen, die für die prinzipielle Möglichkeit eines Selbstcontrahierens angeführt werden könnten. So heißt es in l. 1 § 4 D. de stipul. serv. 45, 3 communis servus duorum servorum personam sustinet. In dieser Stelle ist die Rede von einer Stipulation zwischen einem im Miteigentum stehenden Sklaven, und einem anderen Sklaven, der Alleineigentum eines der Miteigentümer ist. Entschieden wird, daß die Obligation nur demjenigen Miteigentümer gegenüber zu stande kommt, dem der stipulierende Sklave gehört. „Nur um diese Modifikation der Stipulationswirkung zu veranschaulichen, wird in der angegebenen Weise konstruirt und gesagt, der communis servus spiele die Rolle von zwei Sklaven"[1]).

Oder die l. 3 D. de adoptionibus 1, 7. Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semed ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat. Es steht fest, daß die Emanzipation oder Adoption eines Konsuls oder eines Provinzpräsiden bei diesen selbst stattfinden kann, ohne daß noch ein Beamter wie im allgemeinen hinzugezogen zu werden braucht.

§ 8.

Die Solution des Vertreters als Privatperson an sich als Vertreter.

Stellen allgemein lautenden Inhalts finden sich demnach bezüglich der Frage des Selbstcontrahierens in den Quellen nicht. Wir werden deshalb nunmehr auf die Sätze unser Augenmerk zu richten haben, aus deren Interpretation sich ergiebt, daß für einzelne Kategorien von Rechtsgeschäften die Römer ein Selbstcontrahieren zwar nicht als Vertrag, doch als ein einseitiges Rechtsgeschäft mit vertragsmäßiger Wirkung zugelassen haben.

1) Rümelin a. a. O. S. 83.

Da sind zuerst die Stellen zu nennen, die von einem sibi solvere des Vertreters an sich selbst reden. Das kann nun einen zwiefachen Sinn haben: 1) der Vertreter zahlt aus seinem Privatvermögen eine Schuld an den Vertretenen und 2) der Vertreter zahlt an sich eine Schuld des Vertretenen aus dessen Vermögen.

Betrachten wir zuerst den ersten Fall. Von größter Bedeutung sind hierfür folgende Stellen.

l. 9 § 3 D. de adm. et pertut. 26, 7. Et generaliter, quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus: adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit.

Hier wird auseinandergesetzt, daß es die Pflicht des Vormundes ist, Schulden, die er bei dem Mündel hat, an dieses zu zahlen, ebenso wie es seine Pflicht ist, Forderungen des Mündels an andere von diesen einzuziehen. Hieraus folgt: Wo eine Pflicht zu einem Tun konstatiert wird, da muß auch die Möglichkeit dazu vorliegen.

Ferner l. 9 § 4 eod.

Sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares videndum est an aliquid ei imputetur et si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur: potuit enim solvere nec onerare se usuris: si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit.

Es fragt sich, ob ein Vormund, der Schuldner des verstorbenen Vaters seines Mündels ist, die Zinsen zu dem Zinsfuß weiterzahlen muß, den er mit dem Vater verabredet hatte und der in diesem konkreten Falle höher als die pupillarischen[1]) waren. Die Entscheidung des Juristen lautet: da er an sich zahlen konnte, so muß er, wenn er es schuldhafterweise unterlassen hat, die höheren Zinsen weiter zahlen.

l. 9 § 5 eod.: sicut autem solvere tutor quod debuit, ita et exigere quod sibi debetur potest.

Schließlich l. 7 § 5 D. eod.

Vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit: hic enim eas usuras praestabit, quas patri promiserat.

Die bloße Vermutung, als beginge der Vormund, der Schuldner des Vaters seines Mündels war, das Delikt des in suos usus vertere, wenn er nicht sofort bei Fälligkeit der Schuld an sich als Vertreters des Mündels zahlt, zeugt davon, daß die Möglichkeit vorhanden

[1]) cf. l. 7 § 10 D. eod.: quae autem sunt pupillares usurae videndum est. et apparet hanc esse formam usurarum, ut eius quidem pecuniae quam quis in usus suos convertit legitimam usuram praestet.

sein mußte, derartige Solutionen vorzunehmen. — Aus allen diesen Stellen geht hervor, daß der Vormund die Möglichkeit hatte, seine Schuld an sich als Vertreter des Mündels zu zahlen und natürlich auf dieses Eigentum an den gezahlten Geldstücken zu übertragen, da sonst von einer gültigen Zahlung nicht gesprochen werden kann.

Diese Wirkung ist aber durch den einseitig geäußerten Willen des Vormunds, also durch ein einseitiges Rechtsgeschäft zu stande gebracht worden. Denn wenn Römer[1]) in der Zahlung einen Vertrag „nämlich Leistung des geschuldeten Gegenstandes an den Gläubiger behufs Erfüllung der Obligation und Annahme desselben seitens des Gläubigers auf seine Forderung" erblickt, so können wir ihm nicht beistimmen.

Solvere dicimus eum qui fecit, quod facere promisit. l. 176 D. de verb. sign. 50, 16. Derjenige erfüllt seine Verbindlichkeit, der getan hat, was zu tun er versprochen. —

Daß eine solche einseitige Zahlung auch ohne Annahmeerklärung des Gläubigers Liberationswirkung hat, beweist ganz deutlich l. 61 D. de sol. 46, 3. In perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio.

Aber ebensowenig ist die Zahlung ein rein tatsächlicher Akt. Man könnte nämlich einwenden, daß bei jenen angeführten Stellen, die ja nur von Geldschulden sprechen, der Eigentumsübergang nicht durch das solvere, d. h. durch die Eigentumsübertragungsabsicht des Vormundes, sondern durch die tatsächlich erfolgte Kommixtion der Geldstücke mit denen des Mündels eingetreten sei. Wir finden jedoch eine Stelle, in der es sich um eine Spezicsschuld, nämlich um die Rückgabe einer dos handelt, wo also der Eigentumsübergang sich nur auf die Uebertragungsabsicht zurückführen läßt: l. 34 p. D. de neg. gestis 3, 5. Divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest haec ita, si in negotiis gestis maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit. sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. sed hic quidam modus servandus est, ut ita querellae locus sit quantum facere potuit, quamvis postea amiserit, si illo tempore ei solvere potuit: non enim e vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam.

Die Worte „dos servari potest" sind allgemein gehalten,

---

1) Römer a. a. O. S. 527.

und es wäre doch sehr gewagt zu behaupten, daß es sich hier nur um eine in Geld bestehende dos dreht, wenn auch die Worte „si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam" dafür zu sprechen scheinen. „Denn der Fall der Geldleistung benützt der Jurist nur als Beispiel zur Illustration des von ihm aufgestellten Satzes, daß die Haftung des maritus mit der actio negotiorum gestorum auf Rückgabe der dos nicht sofort mit Beginn der Geschäftsführung bezw. nicht unbedingt eintrete"[1]).

Es ist nun kein Grund vorhanden, die Möglichkeit der Solution des Vertreters auf den Vormund und den negotiorum gestor zu beschränken, und so sehen wir, daß allgemein in dem Falle des sibi solvere des Vertreters als Privatperson an sich als Vertreter das Selbstcontrahieren als ein auf den alleinigen Willen des Vertreters zurückführbares, also als ein einseitiges Rechtsgeschäft sich darstellt, dessen Wirkungen Vertragswirkungen: nämlich Eigentumsübergang des geschuldeten Gegenstandes in das Vermögen des Vertretenen und Befreiung des Vertreters von seiner Schuld: sind.

Rümelin will zwar in diesem Falle nicht direkte, sondern nur indirekte Liberationswirkung in der Art eintreten lassen, daß der Vertreter gegen eine nochmalige Inanspruchnahme mit der exceptio doli geschützt wird. Denn die direkte Liberation würde gegen den Satz: tutor in rem suam auctor fieri non potest verstoßen. Hierin können wir ihm nicht beipflichten. Denn 1. könnte die Zahlung dem Vormunde dann nicht zur Pflicht gemacht werden, wie es doch nach den obigen Stellen tatsächlich der Fall ist: auf der einen Seite Pflicht zur Zahlung und auf der anderen Seite keine Liberation bei erfolgter Zahlung wäre doch eine große Härte des Gesetzes.

2. muß man in diesen Fällen von dem von Rümelin zum Beweise citierten Satze überhaupt absehen; wie wäre überhaupt sonst eine gültige Zahlung vom Vormund an den Pupillen möglich? Denn wir haben keine Veranlassung, die Worte „in rem suam" in der engen Bedeutung aufzufassen, daß nur solche Geschäfte zwischen Vormund und Mündel ausgeschlossen werden sollen, die eine Bereicherung jenes möglicherweise im Gefolge haben; vielmehr spricht die citierte lex ein allgemeines Verbot der Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen Tutor und Pupillen aus.

Natürlich werden wir einen äußerlich erkennbaren Vorgang wie beim constitutum possessorium fordern müssen z. B. Legen des Geldes aus der Kasse des Vertreters in die des Vertretenen, Eintragung

[1]) Rümelin a. a. O. S. 105.

in ein Buch u. s. w., damit der Vertreter sich bewußt wird, daß er nunmehr an seinen einmal gefaßten Willensentschluß gebunden ist.

Eine Interessenkollision ist hier wohl ausgeschlossen, da es ja nur im Interesse des Vertretenen liegt, wenn der ihm geschuldete Gegenstand nun tatsächlich seinem Vermögen einverleibt wird.

§ 9.

Die Solution des Vertreters als solchen an sich als Privatperson.

Gehen wir nun zu den Fällen des sibi solvere in dem Sinne der Solution des Vertreters aus dem Vermögen des Vertretenen in das des Vertreters, wo also der Vertretene Schuldner und der Vertreter Gläubiger ist, über, so wollen wir zunächst die auf Geldzahlungen bezüglichen Stellen betrachten, unter denen die wichtigste die l. 9 § 5 D. 26, 7 ist.

Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et si usurae fuerunt graviores quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit.

Hiernach kann der Vormund, der Gläubiger des verstorbenen Vaters ist, durch einen einseitigen Akt Eigentum auf sich übertragen und sich so aus dem Vermögen des Mündels befriedigen. Ja, das wird ihm gewissermaßen zur Pflicht gemacht: War Vermögen vorhanden und hat er die Schuld des Mündels an sich nicht getilgt, so fallen die mit dem Vater vereinbarten höheren Zinsen fort.

Nun könnte man allerdings auch hier einwenden, daß der Eigentumsübergang durch eine Commixtion der Geldstücke unabhängig von der einseitigen Uebertragungsabsicht des Vertreters erfolgt sei; doch dagegen spricht einmal der Ausdruck „sibi solvere", der doch ein Handeln mit bestimmter Absicht in sich schließt, dann auch der Vorteil des Mündels hinsichtlich des Gefahrüberganges an den Geldstücken. Diese hätten bei einer Commixtion bis zur faktischen Vermischung auf Gefahr des Mündels gestanden; bei casuellem Untergange wäre derselbe nicht befreit worden. Anders bei der einseitigen Solutionstradition: hier geht die Gefahr sofort auf den Vormund über.

Dieser letzte Grund wie auch die Befreiung des Mündels von jeglichen weiteren Zinsen lassen es begreiflich erscheinen, daß man hier eine Ausnahme von dem Grundsatze: tutor in rem suam auctor fieri non potest zuließ.

Selbstverständlich muß auch hier der einseitige Traditionsvorgang sich äußerlich dokumentieren.

Ferner ist hier anzuführen: l. 59 D. 26, 7.

Cum hereditas patris aere alieno gravaretur et res in eo statu videretur, ut pupilla ab hereditate paterna abstineretur, unus ex tutoribus cum plerisque creditoribus ita decidit, ut certa crediti portione contenti essent acciperentque: idem curatores iam viripotenti accepti cum plerisque creditoribus deciderunt: quaesitum est, an, si aliquis tutorum creditor patris pupillae solidam pecuniam expensam sibi ex re pupillae cum usuris fecerit, revocari a curatoribus pupillae ad portiones eas possit, quas ceteri quoque creditores acceperunt. respondit eum tutorem, qui ceteros ad portiones revocaret, eadem parte contentum esse debere.

Es handelt sich um die Frage, ob ein Vormund, der mit den übrigen Gläubigern des verstorbenen Vaters einen Zwangsvergleich geschlossen hat und sich selbst in Höhe seiner ganzen Forderung befriedigt hat, dieses Plus herausgeben müsse, was vom Juristen bejaht wird.

Römer[1]) will aus dieser Stelle beweisen, daß es dem Tutor möglich sei, mit sich als Privatperson einen Erlaßvertrag zu schließen, da es nur dann dem Pupillen möglich sei, mit der condictio indebiti — „revocare“ — das zuviel Bezogene herauszuverlangen.

Doch daß der Vormund als solcher mit sich einen Erlaßvertrag geschlossen habe, besagt die Stelle mit nichten: qui ceteros, nicht qui sese et ceteros, ad portionem revocaret.[2]) Daß der Mündel bei Beendigung der Vormundschaft das Plus und zwar mit der actio tutelae — nicht mit der condictio indebiti — herausverlangen könne, beruht auf der unmittelbaren Gesetzesvorschrift, da es illoyal wäre, wenn der Tutor, der doch im Interesse des Mündels den Accord zu stande gebracht hat, sich nicht mit derselben Quote wie die anderen Gläubiger begnügen würde.

Wie dem aber auch sei, der Umstand, daß die Frage aufgeworfen werden konnte, ob der Vertreter das Plus herausgeben müsse, zeugt davon, daß er die festgesetzte Quote aus dem Mündelvermögen gültig an sich gezahlt hat. Denn die Tatsache, daß diese Quote gerichtlich festgesetzt war, ändert nichts an der Kraft unseres Beweises, da wir annehmen dürfen, daß der Vormund wie an die übrigen

[1]) Römer a. a. O. S. 76.
[2]) cf. Muskat a. a. O. S. 532.

Gläubiger so auch an sich die Solution der festgesetzten Summe vorgenommen hat.

Auch die Möglichkeit, eine Speciesschuld durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Vertreters zur Erfüllung zu bringen, ist gegeben in l. 78 § 1. D. 18, 1.

Fundum ab eo emisti, cuius filii postea tutelam administras, nec vacuam accepisti possessionem dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

Durch Mancipation hatte der verstorbene Vater des Mündels an den nunmehrigen Tutor desselben ein Grundstück verkauft; die Uebergabe war aber noch nicht geschehen. Da nun die vacuae possessionis traditio, an die sich besondere Vorteile wie die accessio possessionis für das interdictum utrubi und Usukapionsbesitz anschließen, einen Vertragsakt[1]) darstellt, so fragt es sich, ob der Vormund diese Wirkungen auch durch einen einseitigen Akt auf sich übertragen könne. Die Antwort lautet: te tibi tradere possessionem. Aus dem tradere geht deutlich hervor, daß es sich hier nicht etwa um einen originären Besitzerwerb — sonst müßte es acquirere heißen — sondern um eine Besitztradition handelt. Daß aber hier nicht etwa die Rede ist von einer Willenseinigung zwischen dem Mündel — das wäre ja bei einem infantia maior an sich möglich — und dem Vormund, zeigen ebenfalls die Worte te tibi tradere possessionem, da anderenfalls der Jurist hätte sagen müssen: pupillum tibi tradere possessionem. So erfolgt also die Uebertragung des Besitzes mit den sich anschließenden Wirkungen auf Grund einer ausschließlichen Tätigkeit des Tutors. — Durch das decedere des Mündels und seiner Angehörigen und durch das ingredi des Tutors ist dafür gesorgt, daß der einseitige Willensentschluß des letzteren auch deutlich erkennbar wird.

Dafür daß der Vertreter auch andere in genere geschuldeten Sachen, abgesehen von Geld, gültig an sich zahlen könne, findet sich in den Quellen keine Entscheidung. Mit Rücksicht darauf, daß die bisher angeführten Stellen nur Ausnahmen von dem Satze tutor in rem suam auctor fieri non potest darstellen, werden wir eine Ausdehnung per analogiam auch auf andere Fungibilien nicht zulassen dürfen.

---

[1]) cf. Dernburg, Pandekten Bd. I S. 498.

§ 10.

Das Darlehn des Vertreters.

Ein Fall der Zulässigkeit des Selbstcontrahierens als eines einseitigen Rechtsgeschäftes mit Vertragswirkungen findet sich ferner in der einseitigen Darlehnsaufnahme des Vertreters aus dem Vermögen des Vertretenen. Die hierauf bezüglichen Stellen sind

1) l. 9 § 7 D. de admin. et tut. 26, 7. Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo.

2) l. 54 D. eod.: Non existimo maximis usuris subiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit et cavit certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, quia hic sibi non consumpsit nec clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur et, nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset: et multum refert, palam aperteque debitorem se ut extraneum et quemlibet faceret pupillo an sub administratione tutelae pupillique utilitate latente sua commoda pupilli pecunia iuvaret.

Höchst kontrovers ist die Interpretation der ersten Stelle.

Römer[1]) und sich ihm anschließend das Reichsgericht[2]) sehen in dieser Stelle nicht nur die Möglichkeit einer Dahrlehnsaufnahme des Vertreters aus dem Vermögen des Vertretenen, sondern auch die Zulässigkeit des umgekehrten Falles.

Abgesehen von der grammatischen Unmöglichkeit einer solchen Interpretation[3]) — es müßte sonst verum etiam sibi debitam pecuniam oder verum etiam pupillo creditam heißen — spricht vor allem dagegen l. 5 p. D de auctor. et consensu 26, 8.

Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius respondit.

1) Römer a. a. O. S. 73.
2) R. G. E. Bd. VI S. 14 u. 17.
3) Ebenso Windscheid, Pandekten Bd. II S. 656.

Hier wird ausdrücklich erklärt, daß ein Vormund einem Mündel durch Gewährung eines Darlehns sich nicht verpflichten könne, sondern nur einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen dasselbe hat.

Doch auch unter denen, die in jener lex nur die Zulässigkeit der Darlehnsaufnahme des Vertreters aus dem Mündelvermögen anerkannt sehen, herrscht bezüglich der näheren Auffassung Streit.

So glaubt Eck wegen des Pleonasmus, der seiner Meinung nach sonst in der Stelle enthalten und der in dieser Kraßheit selbst bei Ulpian verwunderlich wäre, so übersetzen zu müssen: Nicht nur Zahlung vermag der Vormund an sich zu leisten, sondern auch über das creditierte Geld zu quittieren[1]) und sogar eine neue Darlehnsschuld einzugehen mittels Verschreibung zur Deckung des Mündels.

Aber der Pleonasmus, den Eck bei der anderen Interpretation findet, ist in Wahrheit u. E. nicht vorhanden. Der Jurist Ulpian hielt es für unbedingt nötig, im zweiten Teile der Stelle zu erklären, daß in diesem speziellen Falle ein Darlehn nicht wie im allgemeinen schon durch die Uebergabe des Geldes entsteht, sondern als notwendiger Bestandteil des Geschäftes noch die Eintragung der Darlehnsschuld in ein Buch hinzukommen muß. Wir übersetzen demnach folgendermaßen: Der Vormund kann nicht nur giltig an sich zahlen, sondern er kann auch ein Darlehn für sich (als Privatperson) aus dem Mündelvermögen aufnehmen . . . und zwar wird er sich hier dadurch obligieren können, daß er dieses Darlehn für sich einträgt. Denn da ja im allgemeinen der Vormund mit dem Mündel Geschäfte in rem suam nicht abschließen darf, so verlangt Ulpian, wenn er dem dringenden Bedürfnis nach einer Darlehnsaufnahme nachgeben soll, als besonderes Erfordernis eine Eintragung in ein Buch, einmal zum Schutze des Mündels, damit er nicht durch einfache Geldentnahme in seinen Interessen geschädigt werde, dann aber auch zum Schutze des Vormunds, der durch diese Eintragung sich gegen den Verdacht des deliktischen in suos usus vertere zu verteidigen im stande ist.

Auf der anderen Seite[2]) hat man eingewandt, daß es sich hier um eine Darlehnsobligation überhaupt nicht handeln könne, da die citierte l. 54 D deutlich die Voraussetzungen angebe, unter denen eine Darlehnsverpflichtung des Vormundes entstehen könne; so müsse der Tutor vor allem das Darlehn von einem contutor empfangen

---

[1]) Eck gibt selbst zu, daß der Ausdruck „scribere" für „quittieren" ungebräuchlich ist.

[2]) cf. Muskat a. a. O.

haben; daraus gehe deutlich hervor, daß ein Selbstcontrahieren auch beim mutuum ausgeschlossen sei.

Darauf erwidern wir: Wir bestreiten keineswegs, daß in dieser lex eine Möglichkeit gegeben ist, wie ein Vormund von seinem Mündel ein Darlehn aufnehmen könne; daß dies aber die einzige Möglichkeit sei, ist mit keinem Worte gesagt. Vielmehr wird in der l. 9 § 7 unzweideutig und rückhaltslos die einseitige Darlehnsaufnahme des Tutors anerkannt: allerdings ist Erfordernis hierbei die Eintragung in ein Buch.

Dafür daß es sich wirklich um die Begründung einer Darlehnsschuld handelt, sprechen übrigens auch deutlich die Worte: mutua pecunia se obligare, mutuam pecuniam sibi proscribere.

So sehen wir, daß wir beim mutuum wiederum einen Fall haben, in dem der Vertreter durch eine einseitige Willensäußerung — die Eintragung der Darlehnsschuld in ein Buch verbunden mit der Entnahme des Geldes aus der Kasse des Vertretenen — Vertragswirkungen — nämlich den Uebergang des Eigentums an den geliehenen Geldstücken[1]) und Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehns — herbeiführen kann.

Für den Ausschluß der Gefahr einer Interessenkollision bürgen abgesehen von der formellen Bedingung der Eintragung der Darlehnsschuld die materiellen Voraussetzungen, an die das Zustandekommen einer gültigen Darlehnsobligation nach der citierten l. 54 geknüpft ist: vor allem, daß alles „palam aperteque" zugeht, dann das Versprechen der pupillarischen Zinsen, die hier nicht wie sonst durch eine Stipulation, sondern auf Grund der einseitigen Eintragung begründet werden, und das Ausstellen einer cautio, eines Schuldscheines, hier speziell der oben erwähnte Eintrag.[2])

l. 9 § 7 spricht zwar nur vom Vormund, doch werden wir wohl die Zulässigkeit der einseitigen Darlehnsaufnahme auch auf die General- und Spezialbevollmächtigten, den negotiorum gestor und die Vertreter der juristischen Personen ausdehnen können. Nur für Staatsbeamte ist gemäß der c. 1 u. 2 C. 10, 75 (73) eine Ausnahme gemacht, was, wie Rümelin[3]) richtig hervorhebt, durch

---

[1]) Der Einwand, dieser Eigentumsübergang sei durch commixtio oder bonae fidei consumptio erfolgt, läßt sich durch dieselben Gründe, die wir bereits bei den Fällen des „sibi solvere" angeführt haben, widerlegen.

[2]) Daß die Voraussetzungen der l. 54 auch für die l. 9 § 7 gelten, ergibt der logische Schluß: wenn derartige Sicherheitsmaßregeln schon in dem Fall, da der Tutor vom contutor das Darlehn empfängt, verlangt werden, um wie viel mehr, wenn der Vormund durch einen einseitigen Willensentschluß sich zum Schuldner seines Mündels macht.

[3]) Rümelin a. a. O. S. 169.

argumentum e contrario wiederum als ein Beweis für die prinzipielle Zulässigkeit einer einseitigen Darlehnsaufnahme durch andere Vertreter gelten kann.

§ 11.

Das Verbot des Kaufs des Vertreters.

Wie wir bereits im § 7 hervorgehoben haben, lassen sich Sätze, die ein prinzipielles Verbot des Selbstcontrahierens enthalten, in den Quellen nicht auffinden. Um so auffälliger muß es deshalb erscheinen, wenn das Verbot des Selbstcontrahierens speziell beim Kaufe in den verschiedensten Wendungen ausgesprochen wird:

Z. B. l. 34 § 7 D. 18, 1,[1])

Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.

Man könnte nämlich aus dieser Tatsache den Schluß ziehen, daß die Römer das Selbstcontrahieren prinzipiell zugelassen haben, da sie es für nötig befanden, es beim Kaufe besonders zu verbieten.

Diesen Schluß hat Römer[2]) auch wirklich gezogen und die stärkste Anerkennung der principiellen Zulässigkeit des Vertragsschlusses des Vertreters mit sich selbst darin finden zu können geglaubt.

Doch dieser Schluß scheint uns ein trügerischer zu sein. Denn es ist nicht angängig, aus einem Verbote für die Vornahme eines Rechtsgeschäftes ohne weiteres auf das Erlaubtsein aller anderen ähnlichen Rechtsgeschäfte zu schließen[3]). Der Gesetzgeber mag besondere Ursache gehabt haben, gerade ein derartiges Verbot zu erlassen, ohne daß er dabei die Absicht gehabt hätte, durch argumentum e contrario für ähnliche Rechtsverhältnisse das Gegenteil bestimmen zu wollen.

Das ist sicherlich hier der Fall. Wir müssen uns bei dieser Betrachtung vor Augen halten, daß der Kauf[4]) dasjenige Rechtsgeschäft ist, das am häufigsten geschlossen wird und bei dem der tägliche Ver-

---

1) cf. ferner l. 46 D. 18, 1 l. 5 § 2—4 D. 26, 8.

2) Römer a. a. O. S. 77 f.

3) cf. Lepa a. a. O. S. 249: „Allein das Argument ist ebenso bequem wie hinfällig; denn ein Blick auf eine beliebige Gesetzgebung lehrt, daß unendlich oft Handlungen verboten und für nichtig erklärt werden, deren Unzulässigkeit aus allgemeinen Prinzipien folgt."

4) Unter „Kauf" verstehen wir hier immer den Real- oder Naturalkauf. Denn der Gedanke, daß auch ein Consensualkauf durch die einseitige Willensäußerung des Vertreters herbeigeführt werden könnte, ist wohl den römischen Juristen, die auf diesem Gebiete überhaupt keine Herbeiführung von Wirkungen für einen Dritten kannten, niemals in den Sinn gekommen. Cf. Rümelin S. 175.

kehr wohl am dringlichsten die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens gefordert haben mag. Dazu kommt noch, daß solche einseitigen Eigentumsübertragungen an sich selbst auf dem Gebiete der Solution und des Darlehns positiv als erlaubt anerkannt waren.

Diese Gründe werden den Gesetzgeber bestimmt haben, die Frage, ob ein selbstcontrahierter Kauf zulässig sei, ausdrücklich in verneinendem Sinne zu entscheiden.

Auf der anderen Seite[1]) hat man behauptet, daß in jener obengenannten lex von einem Selbstcontrahieren des Vertreters garnicht gesprochen werde. Der Grund des Verbotes sei nicht die Unzulässigkeit des Verkaufes des Vertreters an sich selbst. Als Verkäufer sei vielmehr „immer eine vom Käufer verschiedene Person zu subintellegieren" und das Verbot finde darin seine Erklärung, daß der Kaufakt nicht palam und bona fide (z. B. durch eine interposita persona) vor sich gegangen sei.

Wir können aber beim besten Willen nicht finden, daß in jener lex eine vom Käufer verschiedene Person als Verkäufer auftritt. Der Wortlaut der Stelle: „tutor [in] rem [suam] pupilli emere non potest" spricht doch so unzweideutig wie möglich dafür, daß der Vormund der Käufer ist.

Auch in der l. 46 D. 18, 1.

Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam

die das Verbot des selbstcontrahierten Kaufs auch auf die übrigen Vertreter ausdehnt, ergeben die Worte per se doch unzweifelhaft, daß unsere Anschauung die richtige ist.

§ 12.

Der Auktionskauf: eine Ausnahme vom Verbote des selbstcontrahierten Kaufs.

Eine Ausnahme vom Verbote des selbstcontrahierten Kaufs wird nun aber für den Auktionskauf in folgenden Stellen gemacht.

1) l. 2 § 8 D. pro emptore 41, 4.

Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse usucapere: in cuius opinionem decursum esteo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenebitur ac si alii minoris adixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur.

[1]) Muskat a. a. O. S. 537.

2) l. 2 § 9 D. eod.

Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem.

Die erste Stelle führt folgenden Rechtsfall vor: Ein Vormund, der auf einer Auktion Sachen des Mündels versteigert hatte, hatte einen Gegenstand gekauft, der aber nicht Eigentum des Mündels war. Servius entscheidet sich dafür, daß der Vormund diesen Gegenstand ersitzen könne.

Hieraus geht nun aber hervor, daß, wenn die Sache dem Pupillen gehören würde, eine wirkliche Eigentumsübertragung auf Grund des Auktionskaufs möglich wäre.

Der Einwand, daß hier ein gewerbsmäßiger Auktionator den Verkauf geleitet hätte, scheint uns nicht stichhaltig zu sein. Denn das „si alii addixisset" kann doch nur zum Gegensatze ein „si sibi addixisset" haben, womit die Möglichkeit eines an sich selbst Zuschlagens gegeben, also die Zulässigkeit eines einseitig vollzogenen Kaufgeschäftes anerkannt ist.

Rümelin[1]) will sogar den Auktionskreditkauf des Vertreters an sich selbst zulassen, indem er ungefähr folgendes ausführt: Da die Möglichkeit einer einseitigen Darlehnsaufnahme durch den Vertreter aus dem Vermögen des Vertretenen anerkannt war, so fingirte man, daß der Kaufpreis vom Vormunde ausgezahlt und unmittelbar darauf als Darlehn wieder zurückempfangen sei. An Stelle des Eintrages in die Vormundschafts — oder sonstigen Verwaltungsbücher habe hier ein Eintrag in das Auktionsinstrument genügt.

Doch eine solche Interpretation ist „überkühn"[2]). Gerade der Umstand, daß beim Auktionskauf das Geld bar erlegt werden mußte und somit die Interessen des Mündels genügend gewahrt waren, ist u. E. der Grund, daß man hier eine Ausnahme von dem Grundsatz „tutor in rem suam auctor fieri non potest" und von dem allgemeinen Verbote des selbstcontrahierten Kaufs machte.

Einen Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht glaubt Rümelin in der l. 47 § 6 D. 26, 7: Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit: quaesitum est, utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat. respondi secundum

[1]) Rümelin a. a. O. S. 190 ff.
[1]) Eck a. a. O. S. 271.

ea, quae proponuntur pupillo usuram, non compendium praestandum

zu finden. Doch diese lex spricht garnicht von einem selbstcontrahierten Kauf. Vielmehr war das Warenlager von dem patruus tutor an einen Dritten verkauft und dann wieder zurückgekauft worden, was aus den Worten „venditis et redemptis" sich deutlich ergiebt.[1])

Die zweite der angeführten Stellen dehnt diese Ausnahme vom Verbote des selbstcontrahierten Kaufs auch auf andere Vertreter aus, nur für Staats- und Gemeindebeamte scheint das Verbot auch in diesem Falle gegolten zu haben[2]).

Die Gefahr einer Interessenkollision war bei dem Auktionskauf vollständig ausgeschlossen, da dieser öffentlich war und der Vertreter, wenn er die Sache erwerben wollte, den höchsten Preis bieten und das bare Geld sofort erlegen mußte.

So kommen wir zu dem Resultate, daß das römische Recht das Selbstcontrahieren als einseitiges Rechtsgeschäft nur in den Fällen des sibi solvere, des Darlehns und des Auktionskaufs zugelassen und anerkannt hat, also „von einer prinzipiellen Zulassung des Selbstcontrahierens soweit als möglich entfernt war".

§ 13.

Stellung der Novelle 72 und des gemeinen Rechts.

Dieser Zustand des justinianischen Rechts hat durch die Novelle 72 eine Aenderung erfahren. In dieser ordnete Justinian an, daß eine Person, die zu einem Minderjährigen in einem Obligationsverhältnis stand, die Vormundschaft über diesen nicht übernehmen dürfe. Bei Uebertretung dieser Vorschrift sollte der Vormund, wenn er Gläubiger des Pupillen war, seine Forderung verlieren, wenn er Schuldner war, durch Zahlung während der Vormundschaft sich nicht befreien können.

Daraus folgt ohne weiteres, daß ein Selbstcontrahieren des Vormundes nach dem Willen Justinians ausgeschlossen sein sollte.

Doch da diese Novelle als Ausnahmegesetz stricte zu interpretieren ist und daher nicht auf die übrigen Vertreter ausgedehnt werden darf, so hat sie an dem bisherigen Zustand keine sonderliche Aenderungen hervorgebracht. — — —

Gehen wir nun zu der Frage über, wie das gemeine Recht sich zu dem Probleme des Selbstcontrahierens gestellt hat, so könnten es

---

1) cf. Lepa a. a. O. S. 243 u. Muskat a. a. O. S. 533.
2) cf. l. 46 D. 18, 1.

wie im allgemeinen so auch hier im besonderen drei Faktoren gewesen sein, die zur Umbildung des römischen Rechts geführt haben: das kanonische Recht, das deutsche Recht und die Gewohnheit.

Im kanonischen Recht findet sich nun zwar eine Stelle, die die principielle Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens ausspricht. Es heißt nämlich am Ende des cap. 7 X III, 7: Illud autem nolumus vos ignorare, quod postquam „idem" M. fuit abbas effectus praedictam custodiam de iure non potuit obtinere, qui cum ratione abbatiae ad ipsum pertineat donatio tam custodiae quam aliarum dignitatum ac etiam praebendarum in ecclesia Patranensi custodiam ipsam recipere non potuit a se ipso, cum inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis; sed nec ab alio cum ius conferendi alius non haberet.

Aber schon aus den Bemerkungen des Bartolus zu dieser Stelle geht hervor, daß in diesem Punkte das kanon. Recht das römische keineswegs modificiert hat. Auch in der Praxis hat man auf diese Norm nie Rücksicht genommen. — In dem deutschen Rechte finden wir keine Andeutung, daß man jemals dem Probleme des Selbstcontrahierens näher getreten ist.

So bleibt uns denn nur noch das Gewohnheitsrecht. Hat nun die Gewohnheit an der prinzipiellen Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens, wie sie sich im römischen Rechte gezeigt hat, etwas geändert? Wir glauben, auf diese Frage eine verneinende Antwort geben zu müssen. Mögen immerhin Veränderungen im Rechtszustand, in den Verkehrsverhältnissen und in den Anschauungen eingetreten sein, mag das Prinzip der direkten Stellvertetung durchgedrungen und das Bedürfnis ein stärkeres im Laufe der Jahrhunderte geworden sein, so müssen wir uns doch die Tatsache ins Gedächtnis zurückrufen, daß viele Gründe auch damals wie zur Zeit Justinians gegen eine prinzipielle Zulässigkeit sich geltend machen mochten. Daß dem wirklich so ist, daß kein festes Gewohnheitsrecht in dieser Frage sich gebildet hat, und somit die römischen Quellen auch für das gemeine Recht maßgebend bleiben, zeigt am deutlichsten der Zwiespalt in der gemeinrechtlichen Praxis, den wir im § 2 unserer Abhandlung zu schildern versucht haben.

Rümelin dagegen kommt durch Analogieschlüsse zu dem Resultat, daß für das gemeine Recht die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens prinzipiell anzuerkennen sei, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt seien

ad 1) sofern der Selbstcontrahierungsakt kontrollierbar und als ein nach dem Willen des Selbstcontrahenten bindender Akt erkennbar ist und

ad 2) sofern das Geschäft nachweisbar zur Zeit seines Abschlusses dem Interesse des oder der Vertretenen entspricht.

Doch wir entgegnen ihm mit Eck[1]), daß es „ein bedenkliches Verfahren ist, ein geltendes Prinzip durch analoge Erstreckung der Ausnahmen in sein Gegenteil zu verkehren", ganz abgesehen davon, daß es unpraktisch ist, die Gültigkeit eines Geschäftes von einem dem Interesse des Vertretenen entsprechenden Geschäftsinhalt bedingt sein zu lassen. Denn dieses Kriterium dürfte häufig nur schwer festzustellen sein und nicht nur für die beiden Kontrahenten, sondern auch für dritte Personen die größte Unsicherheit ergeben.

§ 14.

Stellung des ersten Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Das römische und das gemeine Recht — das ergeben die Ausführungen der vorangegangenen Paragraphen — hat das sog. Selbstcontrahieren für prinzipiell unzulässig erklärt. Welche Stellung nimmt nun das neue bürgerliche Recht ein? Hier finden wir einen scharfen Gegensatz zwischen dem ersten Entwurf einerseits und dem zweiten Entwurf und dem Gesetzbuch andererseits.

Der erste Entwurf ist von der prinzipiellen Zulässigkeit ausgegangen und hat nur für einzelne Fälle das Selbstcontrahieren ausgeschlossen. Zwar hat der Entwurf ein Prinzip in einer positiven Rechtsnorm nicht aufgestellt, doch läßt sich dasselbe durch argumentum e contrario aus den unten anzugebenden, sich deutlich als solche darstellenden Ausnahmen in Verbindung mit den Motiven erkennen. Die Motive haben sogar, sich der Ansicht des Reichsgerichtes anschließend, im Gegensatze zu unseren obigen aprioristischen Ausführungen das Selbstcontrahieren selbst als Vertrag aufgefaßt für begrifflich möglich und logisch denkbar gehalten, indem sie erklären, daß „die Frage, ob jemand einerseits für sich und in eigenem Namen, andererseits als Vertreter eines anderen und in dessen Namen handeln und so einen Vertrag zwischen sich und dem anderen schließen könne, nach den allgemeinen Grundsätzen bejaht werden muß". Zwar haben auch die Motive anerkannt, daß die Gefahr der Interessenkollision eine große und die Zulassung der Ausübung der Vertretungsmacht in Fällen der fraglichen Art nicht immer ohne Bedenken ist, zumal da der etwa entstehende Schadensersatzanspruch des benachteiligten Vertretenen oft illusorisch sein dürfte, dennoch glaubten sie, sich für die

[1]) Eck a. a. O. S. 272.

prinzipielle Zulässigkeit entscheiden zu müssen, da „das Verbot vielfach unhaltbare Verkehrserschwerungen schaffen und dem Interesse des Vertretenen, anstatt dasselbe zu fördern, nachteilig sein würde“ [1]).

So hat der erste Entwurf der Zulässigkeit des Selbstcontrahierens den Vorzug gegeben und diese Regel nur in Einzelfällen durch Sondervorschriften durchbrochen. Diese sind enthalten in den §§ 45 Satz 1, 50 Satz 4, 61 und 1651.

§ 45 verbietet die Vornahme eines Rechtsgeschäftes zwischen den Mitgliedern des Vorstandes einer Körperschaft und dieser selbst, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht [2]).

Durch § 50 Satz 4 wird diese Vorschrift auf den Liquidator und durch § 61 auf die Stiftung ausgedehnt.

§ 1651 verbietet die Stellvertretung des Vormundes, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtsstreitigkeit zwischen dem Mündel einerseits und dem Vormunde, seiner Ehefrau oder einem Verwandten in gerader Linie andererseits handelt, wiederum mit der obigen Einschränkung.

Die übrigen Ziffern des § 1651 geben ähnliche Bestimmungen.

§ 1503 Abs. 1 dehnt die Vorschriften des § 1651 auf den Inhaber der elterlichen Gewalt, §§ 1728 und 1743 auf die Vormundschaften über Volljährige und auf die Pflegschaften aus.

Dazu kommen die Bestimmungen, die in Befolgung allgemeiner Grundsätze (besonders § 106, jetzt 138) ein Rechtsgeschäft seines objektiven Inhalts wegen für nichtig erklären. Das sind also solche Geschäfte, die überhaupt keine Verbindlichkeit erzeugen, wie z. B. die aleatorischen Geschäfte — es kann der Vertreter im eigenen Namen mit sich im fremden Namen keine Wette eingehen — und die wucherischen Geschäfte.

Schließlich ist noch Note 2 zu § 828 lit. c. zu nennen, nach der die Vorschrift, daß die Vollmacht zur Bewilligung einer Eintragung nicht demjenigen erteilt werden könne, der durch die Eintragung ein Recht erwerben soll, der Grundbuchordnung vorbehalten sein soll. Hieraus ergiebt sich, daß ein Vertreter nicht eine Eintragung ins Grundbuch zu seinen Gunsten durch Selbstcontrahieren veranlassen darf.

Die Ausnahmen von der prinzipiellen Zulässigkeit des Selbstcontrahierens, die sich aus den §§ 106 und 828, 4 ergeben, gelten für alle Vertreter ohne Rücksicht auf den Grund ihrer Vertretungs-

---

[1]) Motive Bd. I S. 225.

[2]) Dagegen ist zulässig der Abschluß eines Rechtsgeschäftes zwischen zwei juristischen Personen durch den aus denselben Personen bestehenden Vorstand.

macht, während in den übrigen Fällen ein Unterschied zwischen den gesetzlichen Vertretern und den Generalbevollmächtigten gemacht wird. Die gesetzlichen Vertreter, seien sie die Organe juristischer Personen oder familienrechtliche Vertreter, dürfen Rechtsgeschäfte mit sich selbst überhaupt nicht abschließen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Für die Generalbevollmächtigten besteht dieses Verbot nicht. Als Grund dieser Differenzierung wird von den Motiven[1]) angegeben, daß eine Körperschaft[2]) „meist außer stande ist, den Vorstand zu überwachen und sich gegen Mißbrauch zu schützen". Aus der Gegenüberstellung ist zu entnehmen, daß eine solche Befürchtung bei dem durch Rechtsgeschäft bevollmächtigten Vertreter nach Ansicht der Motive nicht vorhanden ist. Dieser Darlegung können wir uns nicht anschließen. Denn einmal kann doch eine gewisse Aufsicht über den Vorstand durch den Aufsichtsrat und die Versammlung der Mitglieder, über den Vormund durch den Gegenvormund und das Vormundschaftsgericht ausgeübt werden, dann aber ist doch auch in vielen Fällen der Generalvollmacht die Möglichkeit, die Tätigkeit des Bevollmächtigten zu überwachen, eine sehr geringe oder überhaupt ausgeschlossen. Wenn jemand, der eine größere Reise zu machen gedenkt, einen Vertreter bestellt, oder eine Witwe, die das Geschäft ihres verstorbenen Mannes fortführen will, einem Angestellten Prokura erteilt, ohne selbst in geschäftlichen Beziehungen beschlagen zu sein, so ist doch die Gefahr der Uebervorteilung eine mindestens ebenso große wie in den Fällen der gesetzlichen Vertretung.

Auf der anderen Seite hat der erste Entwurf auch besondere Anwendungsfälle der Regel der prinzipiellen Zulässigkeit des Selbstcontrahierens in den §§ 805, 2; 1168; 1326, 2; 1370 und 1417 gegeben.

§ 15.

Prinzipielle Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens im zweiten Entwurf und im bürgerlichen Gesetzbuche.

Einen gerade entgegengesetzten Standpunkt hat der zweite Entwurf und das bürgerliche Gesetzbuch selbst eingenommen. § 181 B. G. B., der mit dem § 177 des zweiten Entwurfs wörtlich übereinstimmt, giebt die Norm für das Selbstcontrahieren und lautet:

---

1) Motive Bd. I S. 100 f.

2) Derselbe Grund ist bezüglich der familienrechtlichen Vertreter entscheidend gewesen. Cf. Motive Bd. IV S. 1088.

„Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

Ausgehend von dem Gedanken, daß für die gesetzgeberische Behandlung nicht maßgebend sein könne, ob das Selbstcontrahieren logisch und juristisch möglich sei, sondern allein die praktische Erwägung den Ausschlag geben müsse, daß die Gefahr der Interessenkollision bei den Rechtsgeschäften des Vertreters mit sich selbst doch in den meisten Fällen eine mehr oder minder große sei, hat es sich also für die prinzipielle Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens entschieden.[1])

Dieser ratio des § 181 B. G. B. hat das Kammergericht in zwei wichtigen Entscheidungen Rechnung getragen.

Im ersten Falle handelte es sich um die Frage, ob ein Testamentsvollstrecker, der gleichzeitig Miterbe ist, eine Erbteilung mit Wirkung für und gegen die Erben vornehmen, insbesondere ob er Teile der Nachlaßgrundstücke an sich selbst auflassen kann.[2]) Diese Frage hat das Kammergericht verneint. Zwar sei der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter der Erben, sondern bekleide ein Amt (§ 2202 B. G. B.), aber insoweit sei er gleich einem Richter oder Notar zur Ausübung seines Amtes unfähig, als er in seiner eigenen Sache handeln und entscheiden müßte. Sicherlich ergeben sich Bedenken aber dann, wenn man den Testamentsvollstrecker als Vertreter der Erben ansehen und dann folgerichtig § 181 in Anwendung bringen wollte.

Im zweiten Falle hatte der Testamentsvollstrecker eines eingetragenen Hypothekengläubigers sich selbst als gleichzeitigem Eigentümer des belasteten Grundstücks Quittung und Löschungsbewilligung erteilt und beantragte dann die Löschung der Hypothek.

Wie die Vorinstanzen lehnte auch das Kammergericht[3]) diesen Antrag ab und zwar mit folgender Begründung: Ohne Zweifel kann nach § 181 B. G. B. der Testamentsvollstrecker als Eigentümer des belasteten Grundstücks an sich als Vertreter der Erben — hier wird also der Testamentsvollstrecker einem Vertreter der Erben gleich geachtet — die durch Hypothek gesicherte Nachlaßforderung zahlen und

---

[1]) „Da in diesen Fällen stets die Gefahr eines Widerstreits der Interessen vorhanden ist, so empfiehlt es sich, die Zulässigkeit einer solchen Vertretung grundsätzlich auszuschließen". (Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich S. 28).

[2]) Entscheidung vom 10. 3. 1902 in den „Blättern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts" Jhrgg. 1902 S. 63.

[3]) Entscheidung vom 16. 12. 1901 in Johow-Ring: Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 23 A S. 247.

über die Zahlung quittieren; denn Zahlung wie Ausstellung eines Bekenntnisses über den Empfang der Zahlung (cf. § 368 B. G. B.) sind Rechtsgeschäfte, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Aber weiter geht der § 181 B. G. B. nicht. Daß die Quittung in einem solchen Falle auch die Zahlung beweise, ist nicht vorgeschrieben und konnte nicht wohl vorgeschrieben werden. Sie ist nichts als ein Zeugnis in eigener Sache, die einseitige Angabe des Zahlungsleisters, daß er gezahlt habe, in der Form eines von ihm selbst erteilten Empfangsbekenntnisses; als solche entbehrt sie aber überhaupt der Beweiskraft. Daraus ergiebt sich, daß im vorliegenden Falle die Tilgung der Forderung und somit die Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 G. B. O.) nicht dargetan ist. Vielmehr bedarf es nach der Regel des § 19 G. B. O. für die Löschung der Hypothek der entsprechenden Bewilligung des Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers. Beides sind aber rechtsgeschäftliche, auf die Aufhebung der Hypothek gerichtete Erklärungen (§§ 875, 1183 B. G. B.). Deswegen gilt für den Grundbuchrichter die Regel des § 181 B. G. B., daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen kann. Die Löschungsbewilligung des Gläubigers und gleichzeitigen Eigentümers sowie die Zustimmung derselben Person in derselben Doppeleigenschaft reichen nicht aus, um die Löschung der Hypothek zu rechtfertigen. — — —

Hält man sich allerdings an den Wortlaut des Gesetzes (§ 2202 B. G. B.) und erblickt in dem Testamentsvollstrecker nicht eine dem Vertreter der Erben gleichzustellende, sondern eine ein öffentliches Amt bekleidende Person, wie es das Oberlandesgericht Kolmar[1]) getan hat, so findet § 181 B. G. B. auf die vorgetragenen Tatbestände keine Anwendung und es steht nichts im Wege, daß der Testamentsvollstrecker, der ein Nachlaßgrundstück zur Versteigerung bringt, dasselbe sich selbst zuschlagen läßt und die Auflassungserklärung abgiebt und annimmt.

Dieser Ansicht des Oberlandesgerichts Kolmar können wir uns nicht anschließen. Denn abgesehen davon, daß nach der in der Literatur gebilligten Ansicht (cf. Planck: B. G. B. Vorbemerkung No. 2 zu Buch 5, Abschn. 3, Titel 6. S. 380 u. 381 und die dort gegebene Literaturübersicht) in dem Testamentsvollstrecker nicht eine amtliche, sondern eine ihre Befugnisse zu eigenem Rechte besitzende, sie daher auch im eigenen Namen ausübende Person zu erblicken ist, muß auch nach der dem § 181 B. G. B. zu Grunde liegenden ratio gemäß dem Grundsatze „ubi eadem legis ratio, ibi eadem

[1]) Entscheidung vom 26. 3. 1902 in Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts Bd. 4. S. 437.

legis dispositio“ diese Norm auf die obigen Fälle Anwendung finden, da eine Interessenkollision der Art, wie sie § 181 gerade ausschließen will, sonst unvermeidlich ist. — — —

Am häufigsten dürfte wohl § 181 in seinen beiden Beziehungen — Abschluß eines Rechtsgeschäftes des Vertreters mit sich im eigenen Namen und mit sich als Vertreter eines Dritten — praktisch werden bei der Vertretung eines oder mehrerer Minderjähriger durch den elterlichen Gewalthaber oder Vormund, da ja einerseits die citierte Norm gemäß § 1795, Abs. 2 durch die §§ 1795, Abs. 1 und 1630, Abs. 2 Satz 1 nicht berührt wird, andererseits nach §§ 1630 Abs. 1, 1627 B. G. B. dem elterlichen Gewalthaber die Vertretung jedes seiner minderjährigen Kinder zusteht und nach § 1775 a. a. O., wenn mehrere Geschwister zu bevormunden sind, für alle Mündel nur ein Vormund bestellt werden soll.

Wir werden hierbei immer im Auge behalten müssen, daß der § 181 B. G. B. von der Voraussetzung ausgeht, daß in allen von ihm betroffenen Fällen die Gefahr eines Konfliktes nicht ausgeschlossen sei und daß es daher nicht darauf ankomme, daß das Interesse der mit einander kontrahierenden Minderjährigen schließlich gewahrt bleibe, daß vielmehr allein entscheidend sei, daß sie mit einander nur kontrahieren können, wenn ein jeder von ihnen von vorn herein einen besonderen Pfleger hat, es sei denn, daß es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen oder daß das Vormundschaftsgericht dem elterlichen Gewalthaber oder dem Vormund ein anderes gestattet.

Soll daher eine Auseinandersetzung zwischen dem Vater und den minderjährigen Kindern hinsichtlich der unter ihnen bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft und des Nachlasses der verstorbenen Ehefrau bezw. Mutter stattfinden, so muß, wenn die Auseinandersetzung auch unter den Minderjährigen selbst erfolgt, für jeden derselben ein besonderer Pfleger bestellt werden.[1]) Hiergegen spricht auch nicht etwa der oben citierte § 1775 B. G. B., der gemäß § 1915 B. G. B. auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung findet. Denn § 1775 „beruht vornehmlich auf der Erwägung, daß die Interessen der mehreren, mit einander verschwisterten Mündel durch einen und denselben

---

1) Anderer Meinung ist Hangen in dem Aufsatze: „Auseinandersetzung zwischen Minderjährigen ohne widerstreitende Interessen“ in der D. J. Z. Jahrg. VII No. 11 S. 267 f. — H. erblickt in der Auseinandersetzung den Abschluß eines Vertrages, der ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Somit sei die Vertretung der Minderjährigen durch einen Pfleger gemäß § 181 für genügend zu erachten. — Dem gegenüber ist aber zu betonen, daß zwar eine Verbindlichkeit „daß“ nicht aber „wie“ geteilt wird, besteht.

Vormund am besten gewahrt werden und daß nur besondere Gründe, welche sich etwa aus dem Umfange und der Art der vormundschaftlichen Geschäfte oder aus einem Widerstreite der Interessen der Mündel ergeben möchten, zu einer Abweichung führen soll (cf. Motive Bd. 4 S. 1031). Sie ist aber nicht dazu bestimmt, die Vertretungsmacht des Vormundes zu regeln, und sie regelt sie auch nicht." [1])

Stehen dagegen bei einer Auseinandersetzung des überlebenden Ehegatten mit seinen minderjährigen Kindern die letzteren als eine geschlossene Gesamtheit, als eine Einheit dem ersteren gegenüber und wollen sie sich nur mit ihm, nicht unter einander, auseinandersetzen, so genügt die Bestellung nur eines Pflegers, weil es sich hier ja garnicht um den Abschluß eines Vertrages der Minderjährigen unter sich, sondern dieser Personen als Einheit mit ihrem überlebenden Elternteil handelt und, da für die Wahrnehmung ihrer Interessen hierbei durch Bestellung eines Pflegers gesorgt ist, eine Interessenkollision ausgeschlossen erscheint. Soll also unter mehreren minderjährigen Erben eine Auseinandersetzung in der Weise erfolgen, daß ein zur Erbmasse gehöriges Grundstück an einen von ihnen aufzulassen wäre, so würde, da ein rechtlicher Gegensatz der Interessen nicht vorliegt, die Bestellung nur eines Pflegers für sämtliche veräußernde Mündel genügen, während der erwerbende Mündel durch den überlebenden Elternteil oder, wenn beide Eltern verstorben sind, durch seinen Vormund zu vertreten wäre[2]).

Mangels des Widerstreits der Interessen werden wir mit dem Kammergericht[3]) die Bestellung eines Pflegers sogar für unnötig erachten, wenn zu den in der Gemeinschaft verbleibenden Miterben ein Vater mit einem unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kinde gehört, da beide Erben, Vater und Kind, bei der Feststellung des Nach-

---

[1]) K. G. vom 22. 4. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 22A. S. 37. — cf. K. G. vom 17. 3. 1902 in D. J. Z. Jahrg. VII S. 274 und K. G. vom 18. 11. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 23A. S. 89 ff., wo unter Anführung obiger Gründe ausgeführt wird, daß bei dem Abschlusse des Vertrages über die Errichtung einer Handelsgesellschaft, an der minderjährige, in elterlicher Gewalt des Vaters stehende Geschwister beteiligt sein sollen, nicht der Vater, sondern nur je ein Pfleger für jedes Kind in der Vertretung der Geschwister mitwirken kann. — cf. hierzu auch K. G. vom 13. 5. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 22A. S. 101 ff. Ebenso Planck in der „Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg" Bd. 44 S. 7 ff. u. V. G. Köln in der „Zeitschrift des Deutschen Notarvereins" 47, S. 50 ff. Dagegen: Löffler in der „Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins" 46 S. 255 ff.

[2]) Entscheidung des Oberlandesgerichts Kolmar vom 12. 9. 1902 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 6. S. 39.

[3]) Entscheidung vom 7. 10. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 23A. S. 74 ff.

lasses das gleiche Interesse haben. Sollte sich im Laufe des Verfahrens in irgend einem Punkte ein Interessenwiderstreit ergeben, so wird allerdings für das Kind ein Pfleger zu bestellen sein. — — —

Den Unterschied zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Stellvertretung hat sowohl der zweite Entwurf als auch das Gesetzbuch, wie wir aus § 177 des zweiten Entwurfs bezw. § 181 B. G. B. ersehen, fallen lassen, da der Vertretene, wie die Protokolle[1]) sagen, besonders dem Generalbevollmächtigten gegenüber nicht minder des Schutzes bedarf als einem gesetzlichen Vertreter gegenüber[2]).

§ 16.

Ausnahmsweise Zulässigkeit des Selbstcontrahierens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Nur zwei Ausnahmen macht das Gesetz im § 181 von dem Verbote des Selbstcontrahierens, einmal soweit es sich ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt und dann soweit dem Vertreter ein anderes gestattet ist.

Wenden wir uns zunächst zur ersten Ausnahme, so ist der Grund dafür, daß das Selbstcontrahieren hier für zulässig erachtet worden ist, in dem praktischen Bedürfnis zu suchen, das hier unbedingt sich geltend macht. Es wäre mit bedeutenden Verkehrserschwerungen verbunden, wenn es dem Vertreter nicht gestattet sein sollte, sich wegen einer ihm gegen den Vertretenen zustehenden Forderung aus dem in seinem Besitze befindlichen Gelde bezahlt zu machen oder im umgekehrten Falle seine Schuld an den Vertretenen zu tilgen, obgleich der Gesetzgeber, wie die Protokolle S. 175 bemerken, die Möglichkeit, daß ein unredlicher Vertreter auch hier die Interessen des Vertretenen schwer schädigen könne, nicht verkennt.

Als Erfüllung einer Verbindlichkeit werden wir nun aber nur die Leistung ansehen dürfen, die der fraglichen Verbindlichkeit voll und ganz entspricht. Handelt es sich beispielsweise um die Rückzahlung eines vom Vater des Mündels dem Vormund geliehenen, zu einem gewissen Zinsfuße verzinslichen Kapitals, so werden wir die ohne Zahlung von Zinsen erfolgte Solution nicht als „Erfüllung" betrachten dürfen[3]). Nur eine solche Leistung können wir als wahre Erfüllung anerkennen, durch deren Nichtannahme ein Gläubiger in Verzug geraten würde[4]). Handelt es sich also um ein verzinslich

---

1) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung S. 175.

2) Westmann: Der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins S. 22: § 181 ist anwendbar auf das Verhältnis des Vorstandes zum Verein.

3) cf. § 266 B. G. B.

4) cf. § 293 u. 294 B. G. B.

ausgeliehenes Kapital, so besteht die wahre Erfüllung der Darlehnsobligation in der Rückzahlung der betreffenden Summe nebst den entsprechenden Zinsen.

Keineswegs können wir als Erfüllung eine Leistung an Erfüllungsstatt z. B. Abtretung einer Forderung an Zahlungsstatt, zulassen, wie Cosack[1]) und Planck[2]) richtig bemerken, da abgesehen davon daß in einem solchen Falle ein Interessenkonflikt unausbleiblich wäre, als ein ausschließliches Erfüllungsgeschäft nur ein solches anzusehen ist, durch das eine Verbindlichkeit erfüllt und nicht eine neue rechtsgegeschäftlich begründet wird[3]). In ähnlichem Sinne hat sich das Oberlandgericht Köln[4]) ausgesprochen, indem es, wenn auch noch nicht die Annahme, so doch die Hingabe des zur Deckung einer Forderung bestimmten acceptierten Wechsels als Erfüllung der Verbindlichkeit ansieht und nur deshalb den von einem Gesellschafter als alleinigem Inhaber eines anderen Geschäfts ausgestellten und namens der offenen Handelsgesellschaft acceptierten Wechsel für nichtig erklärt, weil durch die Annahme gleichzeitig die mit dem Wechsel gesetzlich verbundenen Verpflichtungen begründet werden und somit die Annahme kein reines Erfüllungsgeschäft darstellt. — — —

Aus §§ 294, 271 B. G. B. ergiebt sich auch, daß der Vertreter als Schuldner auch die Pflicht hat, rechtzeitig seine Verbindlichkeit zu erfüllen; sonst muß er wie jeder andere Schuldner, wenn die Voraussetzungen des Verzuges vorliegen, nach § 286 a. a. O. dem Vertretenen den durch den Verzug entstehenden Schaden ersetzen, und wenn eine Geldschuld vorliegt, nach § 288 a. a. O. die gesetzlichen Verzugszinsen zahlen.

Die Frage, ob der Vertreter auch als Gläubiger die Pflicht hat, eine Verbindlichkeit des Vertretenen an sich rechtzeitig zu erfüllen, so daß wenn er diese Pflicht versäumt, der obligierte Gegenstand trotzdem von nun an nach § 300 a. a. O. auf seine Gefahr steht, wird man in verneinendem Sinne beantworten müssen. Denn die ratio des § 181 ist doch: Es gilt, den Vertretenen vor Uebervorteilung durch den Vertreter zu schützen. Deshalb darf dieser im allgemeinen selbstcontrahierte Geschäfte nicht vornehmen, nur eine Ver-

---

[1]) Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I S. 229.

[2]) Planck: Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4 § 1795 Anm. 1 a. cf. auch K. G. vom 2. 10. 03 in den Blättern für Rechtspflege Jahrgg. 14, S. 97 u. Hupka a. a. O. S. 339.

[3]) Brachvogel in Gruch. Beiträgen 47 S. 551.

[4]) Entscheidung vom 16. 4. 1902 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 5 S. 51.

bindlichkeit des Vertretenen an sich „kann" er erfüllen. Es steht diese Möglichkeit in seiner Macht, aber eine Pflicht ist nicht vorhanden.

Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Vertreter aus dem betreffenden zu Grunde liegenden Vertretungsverhältnisse für dolus oder culpa auch dort dem Vertretenen haftet.

Zu erwähnen ist ferner, daß der Vertreter berechtigt ist, nur solche Verbindlichkeiten zu erfüllen, die nach dem Gesetze sich als wahre Verbindlichkeiten darstellen. Deshalb kann er Spielschulden und Verpflichtungen aus einem Differenzgeschäft, die zwischen dem Vertretenen als Schuldner und ihm selbst als Gläubiger bestehen, nicht durch Zahlung an sich zur Erfüllung bringen. Denn nach §§ 762 und 764 B. G. B. wird durch Spiel und Differenzgeschäft eine Verbindlichkeit nicht begründet.

Ja, wir werden noch weiter gehen und mit Hölder[1]) erklären müssen, daß der Vertreter auch nicht berechtigt ist, verjährte Verbindlichkeiten des Vertretenen an sich zu erfüllen. Denn wenn auch eine verjährte Forderung insofern noch eine rechtliche Bedeutung hat, als nach § 222 Abs. 2 Satz 1 B. G. B. das selbst in Unkenntnis der Verjährung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, als ferner nach § 222 Abs. 2. Satz 2 a. a. O. die Berufung auf die Verjährung dadurch ausgeschlossen wird, daß ein vertragsmäßiges Anerkenntnis der Schuld oder eine Sicherheitsleistung des Verpflichteten vorliegt und als endlich nach § 390 a. a. O. eine verjährte Forderung zur Aufrechnung benutzt werden kann, wenn sie zur Zeit, als ihr die Gegenforderung gegenübertrat, noch nicht verjährt war, so besteht doch eine wahre Verbindlichkeit im Falle der Verjährung nicht. Denn die Wirksamkeit einer echten Verbindlichkeit dokumentiert sich ja grade darin, daß nach § 241 B. G. B. der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner die Leistung zu fordern und eventuell diesen Anspruch im Wege der Klage durchzusetzen. Diesen Erfolg erreicht der Gläubiger einer verjährten Forderung aber nicht, da der Verpflichtete nach § 222 Abs. 1 B. G. B. berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, und somit im stande ist, die Klage des an und für sich Berechtigten zur Abweisung zu bringen. Da nun der Vertreter nach § 181 nur berechtigt ist, eine „Verbindlichkeit" des Vertretenen an sich selbst zu erfüllen, nach obigen Ausführungen jedoch eine „Verbindlichkeit" nicht mehr vorhanden ist, wenn einmal der Anspruch aus derselben verjährt ist, so ist die Solution einer solchen Schuld ausgeschlossen.

Zu diesem Resultate gelangen wir auch von allgemeinen Gesichts-

---

1) Hölder: Commentar zum allgemeinen Teile des bürgerlichen Gesetzbuches. Anmerkung zu § 181.

punkten aus. Wenn die Begründung für die prinzipielle Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens, wie die Protokolle S. 175 sagen, in der Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teils zu suchen ist, so geht u. E. die Erfüllung einer verjährten Verbindlichkeit über die Grenzen der dem Vertreter durch § 181 gesetzlich zugestandenen Vollmacht hinaus, da ja sonst durch Cession verjährter gegen den Vertretenen entstandenen Forderungen an den Vertreter diese sämtlich zur Erfüllung gebracht werden könnten. Eine schwere Schädigung der wirtschaftlichen Interessen des Vertretenen würde die unausbleibliche Folge sein[1]).

U. E. widerspricht auch § 138 B. G. B. der gegenteiligen Ansicht. Denn ein Vertreter, der im Interesse des Vertretenen handeln soll und sein Recht dazu mißbraucht, Verbindlichkeiten zu erfüllen, deren Erfüllung zu verweigern der Vertretene gesetzlich berechtigt ist, nimmt ein gegen die guten Sitten verstoßendes, mithin nichtiges Rechtsgeschäft vor.

§ 17.

Ausnahmsweise Zulässigkeit des Selbstcontrahierens bei besonderer Erlaubnis kraft gesetzlicher Vorschrift.

Eine zweite Ausnahme läßt § 181 für die Fälle zu, in denen dem Vertreter das Selbstcontrahieren gesetzlich oder durch Vollmacht besonders gestattet ist.

Eine gesetzliche Zulässigkeit des Selbcontrahierens ergiebt § 1409 B. G. B. Dieser besagt: „Steht der Mann unter Vormundschaft, so hat ihn der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die Frau Vormund des Mannes ist".

Da nun die Frau im Gebiete der Verwaltungsgemeinschaft nach § 1395 B. G. B. zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedarf, nach § 1400 einen Rechtsstreit mit Wirkung für das eingebrachte Gut ebenfalls nur mit Einwilligung des Mannes führen kann und nach § 1412 das eingebrachte Gut für eine Verbindlichkeit der Frau, die aus einem nach Eingehung der Ehe vorgenommenen Rechtsgeschäfte entstanden ist, nur dann haftet, wenn der Mann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäfte erteilt und andererseits der Vormund des Mannes, wenn dieser unter Vormundschaft steht, nach § 1409 Satz 1 diese Einwilligung zu geben

[1]) Anderer Meinung Cohen a. a. O. S. 48.

hat, so liegt in dem Falle des § 1409 Satz 2, wo die Frau der Vormund des Mannes ist, eine gesetzliche Ausnahme von dem Verbote des Selbstcontrahierens vor. Denn die Einwilligung, deren die Frau zu den verschiedenartigen, oben angeführten Geschäften bedarf, ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das in diesem speziellen Falle die Frau als Vertreterin des Mannes sich selbst gegenüber vornimmt.

Fraglich kann es hier erscheinen, ob es bei Verfügungen über eingebrachtes Gut durch die zum Vormunde ihres Ehemannes bestellte Ehefrau der Erklärung der im Namen des Mannes erteilten Einwilligung bedarf. Mit dem Kammergericht[1]) werden wir diese Frage bejahen und eine solche Einwilligung für erforderlich erachten müssen, „um bei dem Fehlen einer die Ehefrau als solche treffenden Verpflichtung zur Mitberücksichtigung der ehemännlichen Interessen am eingebrachten Gute die Regreßverbindlichkeit der Vormünderin (§ 1833) festzulegen . . . . wenn auch die Genehmigung eigener Handlungen unter anderweiten Voraussetzungen etwas Ueberflüssiges oder gar Sinnwidriges enthält".

Will z. B. eine im gesetzlichen Güterrechte lebende und zum Vormunde ihres entmündigten Ehemannes bestellte Ehefrau eine zu ihrem eingebrachten Gute gehörige Hypothek abtreten, so genügt nicht die Vorlegung ihrer Bestallung als Vormund, sondern sie muß die Erklärung abgeben, daß sie als Vormünderin für ihren Ehemann und an Stelle desselben die Einwilligung zu dem von ihr vorgenommenen Rechtsgeschäft erteile[2]).

Dagegen kann in dem Falle des § 1009 B. G. B. von einem Selbstcontrahieren in dem Sinne der Vornahme eines Rechtsgeschäftes des Vertreters mit sich selbst nicht gesprochen werden[3]). Denn wenn der § 1009 die Belastung einer gemeinschaftlichen Sache, insbesondere eines gemeinschaftlichen Grundstücks, zu Gunsten eines Miteigentümers gestattet, so will diese Norm nur die gesetzlich bestätigte Möglichkeit hervorheben, daß dem berechtigten Miteigentümer ein dinglich begrenztes Recht an der Eigentumsquote zustehen kann, daß hier also die §§ 1063 und 1256 B. G. B. nicht zur Anwendung kommen sollen. Ein Vertretungsverhältnis ist aber u. E. hier nicht vorhanden,

1) Entscheidung vom 1. 4. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 22 A S. 142. — cf. auch Mugdan: Materialien zum B. G. B. zu § 1326 und Protokolle für die zweite Lesung in Mugdan a. a. O. Bd. 4 S. 783.

2) cf. auch Huther: Zentralblatt für freiwil. Gerichtsb. 4: 182 ff.

3) Anders: Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 345. Fischer-Henle: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Anm. zu § 1009. Meissner: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch S. 168.

es müßte denn gerade an den besonderen Fall gedacht sein, daß die übrigen Eigentümer der zu belastenden Sache nicht einzeln mit dem berechtigten Miteigentümer kontrahieren, sondern ihn bevollmächtigen, das dingliche Recht für sich selbst zu begründen. Dann liegt aber keine gesetzliche Ausnahme vom Verbote des Selbstcontrahierens, sondern eine erweiterte Befugnis durch Vollmacht vor.[1])

Daß auch § 1239 B. G. B., der es dem Pfandgläubiger gestattet, bei der Versteigerung mitzubieten und den Gegenstand zu erwerben, hier nicht in Betracht kommt, haben wir bereits im § 1 unserer Arbeit dargetan.

Keine Anwendung des Verbots des selbstcontrahierten Rechtsgeschäftes enthalten die §§ 456 und 457 B. G. B., nach denen bei einem Verkaufe im Wege der Zwangsversteigerung oder bei einem Verkaufe, zu dessen Vornahme der Auftraggeber vom Gesetze ermächtigt ist, oder bei einem Verkaufe durch den Konkursverwalter der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen den betreffenden Gegenstand nicht erwerben dürfen. Denn der mit dem Verkaufe Beauftragte handelt weder als Vertreter des Gläubigers noch als der des Schuldners. Der Grund für jene Vorschrift kann also nicht in der prinzipiellen Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens liegen, sondern wird darin zu finden sein, daß die Garantieen für den rechtmäßigen Vollzug des Vertragsschlusses und für die Erzielung eines angemessenen Preises, die ein öffentlicher Verkauf bietet, nicht durch Privatinteressen der den Verkauf leitenden Personen zu nichte gemacht werden.

§ 18.

Ausnahmsweise Zulässigkeit des Selbstcontrahierens bei besonderer Erlaubnis kraft Parteidisposition.

Unbegrenzt hat das bürgerliche Gesetzbuch das Selbstcontrahieren für alle Arten von Rechtsgeschäften zugelassen, soweit dem Vertreter ein solches gestattet ist. Man war in der Kommission darüber einig, daß die beim Selbstcontrahieren im allgemeinen befürchtete Gefahr eines Konfliktes der Interessen und der Schädigung des einen oder anderen Teils im Falle besonderer Gestattung nicht vorliege. Es steht daher nichts im Wege, daß z. B. bei der Uebertragung von Eigentum der Veräußerer und der Erwerber durch dieselbe Person ver-

[1]) Dagegen R. G. vom 26. 1. 1901 in der „Juristischen Wochenschrift" Jhrgg. 1901 No. 12—15 S. 102: „Eine solche Ausnahmebestimmung — nämlich vom Verbote des § 181 B.G.B. — kann „vielleicht" im § 1009 B.G.B. gefunden werden."

treten sind, sobald beide Parteien sich damit einverstanden erklären, daß dieselbe Person vom Veräußerer zur Erteilung, vom Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung ermächtigt wird.[1])

Diese Erlaubnis zum Selbstcontrahieren muß jedoch bei Erteilung der Vertretungsmacht besonders gegeben sein. In der Generalvollmacht als solcher ist diese Befugnis daher keineswegs enthalten. „Nach Zweck und Inhalt des im § 181 aufgestellten Rechtsgrundsatzes sind diese Worte" — soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist — „nur dahin zu verstehen, daß ein Vertreter zum Kontrahieren mit sich selbst stets besonders ermächtigt sein muß, daß also bei einer durch Bevollmächtigung erteilten Vertretungsmacht in dieser dem Vertreter die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst zugestanden . . . . sein muß[2]).

Demgemäß hat der Prokurist eines Geschäftes oder der vertretungsberechtigte Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft, sofern der Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selbst ihm nicht besonders gestattet ist, nicht das Recht, derartige Rechtshandlungen vorzunehmen, da weder im Handelsgesetzbuch noch im B. G. B. ihnen die Befugnis beigelegt ist, namens des Chefs bezw. namens der Gesellschaft auch mit sich selbst zu kontrahieren.

Zweifelhaft kann es erscheinen, ob in der Befugnis des Vertreters, einen Substituten zu bestellen, auch die Erlaubnis enthalten ist, mit diesem dann im eigenen Namen Rechtsgeschäfte abzuschließen, also z. B. einen dem Vertretenen gehörigen Gegenstand in der Art für sich selbst zu erwerben, daß der Vertreter einem andern Substitutionsvollmacht erteilt und alsdann mit diesem im eigenen Namen den Vertrag zu stande bringt. Neumann[3]) zwar erblickt in einem solchen Vorgange keinen unter den Tatbestand des § 181 B. G. B. fallenden Vertragsabschluß mit sich selbst, indem er sich auf § 164 B. G. B. stützt, wonach die Willenserklärung des Vertreters, also auch des Substituten, unmittelbar für den Vertretenen wirkt. — Diese Ansicht erscheint uns rechtsirrtümlich; denn abgesehen davon, daß die Vertretungsmacht des Substituten auf der des Bevollmächtigten beruht, nur ein Ausfluß der letzteren ist und im

1) Oberlandesgericht Kiel vom 1. 4. 1902 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 5 S. 46 und Kammergericht vom 4. 3. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 21 A S. 292. Vgl. auch die bei Hupka a. a. O. S. 285 Anm. 1 angeführten Entscheidungen.

2) Oberlandesgericht Cöln vom 16. 4. 1902 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 5 S. 50. Cf. auch Amtsgericht Hamburg vom 3. 10. 1900 in der Hanseatischen Gerichtszeitung Beibl. 1901 S. 8.

3) Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899. Bd. I, § 181 Anm. II 1.

Zweifel auch mit dieser erlischt, daß es also im Grunde genommen auch nur der Bevollmächtigte ist, der durch den Substituten handelt, würde die Auffassung Neumanns den § 181 für den Fall völlig illusorisch machen, wenn dem Bevollmächtigten Substitutionsbefugnis erteilt ist, was der Gesetzgeber zweifellos nicht gewollt hat.[1]) — —

Die Erlaubnis zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selbst erteilt bei gewillkürten Vertretern der Vollmachtgeber, bei den Organen der Körperschaften die körperschaftlichen Satzungen oder die Mitgliederversammlung und bei Gewalthabern unselbständiger Personen das Vormundschaftsgericht[2]).

Doch diese Erlaubnis braucht nicht notwendig ausdrücklich gegeben zu werden[3]), sie kann auch stillschweigend in der Vollmacht nach den Anschauungen des Verkehrs enthalten sein[4]).

Gerade dadurch werden die engen Grenzen, die der § 181 dem Selbstcontrahenten gesteckt hat, erst erträglich werden, und der Verkehr, der in vielen Fällen die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens kategorisch fordert, wird so einen geeigneten Weg finden, um sein Ziel zu erreichen. „Ja man darf sagen, daß die vom Entwurf gezogenen Grenzen nur darum nicht zu eng erscheinen, weil in unzähligen Fällen, wo jemand neben seinen Geldern diejenigen eines anderen oder mehrerer anderer zugleich verwaltet, ihm nach dem Sinne der Vollmacht auch der Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selbst gestattet sein wird“[5]).

---

[1]) Oberlandesgericht Kolmar vom 10. 7. 1901 in der D. J. Z. Bd. 8 No. 8 S. 204. — Wie Neumann dagegen: Landgericht Würzburg vom 1. 2. 1900 in „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung“ Jhrgg. 1900 S. 133. Ebenso K. G. vom 8. 4. 1903 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 7 S. 6, wonach es kein Verstoß gegen § 181 B. G. B. ist, wenn der Repräsentant einer Gewerkschaft für sich mit dem von ihm selbst als Repräsentanten bestellten Bevollmächtigten ein Geschäft abschließt u. L. G. Saargemünd in der Els. Lothr. N. Z. 03 348.

[2]) Cosack a. a. O. S. 228 f. — Planck a. a. O. dagegen meint, für einen gesetzlichen Vertreter könne eine solche Ermächtigung nur durch Gesetz erfolgen (Anm. 1 zu § 181) cf. Oberlandesgericht Cöln vom 16. 4. 02 a. a. O. Wie Planck auch Hupka a. a. O. S. 340 Anm. 1.

[3]) Landgericht Strassburg vom 11. 7. 1901 in der Jurist. Zeitschrift für Elsass-Lothringen Jhrgg. 27 S. 515.

[4]) Ebenso Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines B. G. B. S. 69 und Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Exkurs zu § 58. Anders Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 345 und Hupka a. a. O. S. 340, die ein ausdrückliches Gestatten für erforderlich halten. — Im § 664 B. G. B. ist jedoch der gleiche Ausdruck „gestattet“ gebraucht und es ist dort offensichtlich nicht ausdrückliche Erlaubniserteilung gemeint. Wo das Gesetz ausdrückliche Erklärung verlangt, wird dies Erfordernis besonders hervorgehoben cf. §§ 244, 700 Abs. 2 B. G. B.

[5]) Eck a. a. O. S. 69. Damit fallen alle die Bedenken, die Hupka a. a. O. S. 340 hat.

So werden wir ohne Bedenken einem Vertreter erlauben dürfen, seine Provision aus den eingezogenen Geldern zu entnehmen, sobald einmal diese Befugnis nach der Verkehrssitte im Rahmen seiner Vollmacht liegt. Auch wird ein Vertreter aus der Kasse des Vertretenen unbedenklich eine Summe Geldes gegen eine entsprechende Summe anderen Geldes[1]) umtauschen können, obgleich die Vornahme dieses Rechtsgeschäftes — des Tausches — ihm nicht ausdrücklich gestattet ist.

In vielen Geschäften endlich ist es Brauch, daß Handlungsgehilfen die in dem betreffenden Geschäfte gehandelten Artikel auch für den eigenen Bedarf zum Kostenpreise oder zu einem bestimmten niedrigeren Preise z. B. dem Einkaufspreis entnehmen. — — —

Diese Ausnahmen sind es, die das bürgerliche Gesetzbuch von der principiellen Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens macht.

Es fragt sich nur, wie diese Fälle zu konstruiren sind. Liegt in ihnen ein wirklicher Vertrag? Ist es eine einseitige Willenserklärung, und wenn letzteres, ist sie empfangsbedürftig oder nicht?

Um auf diese Fragen eine befriedigende und die Ansicht unserer Gegner widerlegende Antwort geben zu können, müssen wir untersuchen, welche Stellung das B. G. B. zu dem Problem der Stellvertretung einerseits und zu dem Begriffe des Vertrages andererseits einnimmt.

Das B. G. B. hat sich, wie sich aus dem bereits oben im § 4 unserer Abhandlung citierten § 164 ergibt, im Anschlusse an das gemeine Recht und die anderen modernen Gesetzbücher für die direkte Stellvertretung entschieden. Das rechtsgeschäftliche Handeln in Vertretung hat, sofern die Grenzen der Vertretungsmacht inne gehalten werden, zur Folge, daß der Vertretene unmittelbar und nur der Vertretene, nicht auch der Vertreter, durch das vorgenommene Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird. „Der Vertreter wird weder von den aktiven noch von den passiven Wirkungen des Geschäfts betroffen: Ansprüche wie Verpflichtungen knüpfen sich allein an die Person des Vertretenen“[2]).

Es ergibt sich ferner aus § 166 Abs. 1: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht“, daß das B. G. B. sich die Repräsentationstheorie zu eigen gemacht hat. Das Rechtsgeschäft kommt in der

---

[1]) Natürlich muß dieses letztere vollwertiges, inländisches Geld sein. cf. Kössler in Gruchot's Beiträgen Bd. 36: „Geldwechsel und Eigentum“.

[2]) Schlossmann: Die Lehre von der Stellvertretung Bd. II S. 306.

Person des Vertreters zu stande; er vollzieht die rechtsgeschäftliche Handlung, bei ihm liegt die Vornahme des Rechtsgeschäftes. „Das Geschäft ist ein Geschäft des Vertreters . . . . dieser ist der rechtsgeschäftlich handelnde Teil“ [1]).

Was ferner die tatsächlichen Erfordernisse des Vertrages nach B. G. B. anbetrifft, so hat das Gesetzbuch allerdings eine Definition dieses Begriffes nicht gegeben. Es läßt sich aber aus den §§ 145 ff. B. G. B. deutlich erkennen, daß zwei Personen, der Antragende und der den Antrag Annehmende, zur Schließung eines Vertrages erforderlich sind. „Ein Vertrag kommt zu stande durch die empfangsbedürftigen, die vollzogene Willenseinigung kundgebenden Erklärungen zweier Personen, die sich auf die Herbeiführung einer wechselseitigen rechtsgeschäftlichen Wirkung richten“. [2])

Es wird also zur Hervorbringung einer Rechtswirkung erfordert, daß *zwei* willensfähige Rechtssubjekte vorhanden sind, die ihre Willen zum Zwecke der Hervorbringung eines bestimmten Rechtserfolges einigen, in sich die gleiche Vorstellung eines künftigen rechtlichen Zustandes hervorrufen und sich gegenseitig ihren Willen, daß dieser Zustand eintreten soll, zu erkennen geben d. h. ausdrücklich oder stillschweigend erklären [3]).

Wenn wir dieses Ergebnis im Auge behaltend nun die Frage aufwerfen: „Liegt nach dem B. G. B. in dem sog. Selbstcontrahieren ein Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst?“ so werden wir ebenso und aus denselben wie für das römische Recht im § 4 oben dargelegten Gründen diese Frage verneinen müssen. Denn einerseits erklärt der Vertreter nach den obigen Ausführungen nur *seinen* Willen, andererseits erfordert der Tatbestand des Vertrages die Willenseinigung und eine diesbezügliche Erklärung *mehrerer*, mindestens zweier Personen [4]).

Hiervon kann aber im Falle des Selbstcontrahierens keine Rede

---

[1]) Motive Bd. I S. 226. — cf. auch Schlossmann a. a. O. Bd. I S. 62: Kontrahent ist . . . immer derjenige, der kontrahiert, die den Abschluß des Geschäftes darstellenden Handlungen vornimmt . . . also der Vertreter.

[2]) Endemann a. a. O. Bd. I S. 284. — cf. auch § 873 B. G. B. Zur Uebertragung des Eigentums . . . ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils . . . erforderlich.

[3]) Im Anschluß an du Chesne im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 12 S. 65 ff.: „Das Kontrahieren mit sich selbst“. Ferner Motive Bd. I S. 161: Zur Vertragschließung gehört die gegenseitig erklärte und zum Bewußtsein gebrachte Willensübereinstimmung der Parteien. S. 162: Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages ist, daß die Vertragschließenden . . . sich geeinigt haben.

[4]) cf. Leonhard in der Kritischen Vierteljahrsschrift N. F. IV S. 327.

sein. Es liegt hier vielmehr nur ein einziger Wille und eine einzige Erklärung, nämlich des Vertreters vor[1]: es fehlt also sowohl das Zusammentreffen zweier übereinstimmender Willen als auch die gegenseitige Erklärung.

Man wende uns dagegen auch nicht etwa mit Meissels[2] ein, daß die Willenseinigung mehrerer Personen nicht zum Wesen eines jeden Vertragsschlusses gehöre, sich vielmehr dort erübrige, wo die gegenseitigen Parteirollen durch eine Person vertreten werden, deren Wille für die beteiligten Vermögenssphären, also im Falle des Selbstcontrahierens, maßgebend ist. Denn abgesehen davon, daß das Wesen des Vertrages nicht blos durch den Inhalt — die Begründung rechtlicher Beziehungen zwischen zwei verschiedenen Vermögenssphären — sondern auch durch einen bestimmten inneren und äußeren Tatbestand, der in der Vereinigung zweier Willen und Willenserklärungen auf jenen Inhalt liegt, bedingt wird, folgt doch aus der Tatsache, daß eine Rechtsordnung an den Selbstcontrahierungsakt Vertragswirkungen sich anschließen läßt, nicht im mindesten, daß die betreffende Willensäußerung des Selbstcontrahenten ein Vertrag ist[3].

Aus obigem in Verbindung mit den Darlegungen im § 4 unserer Abhandlung dürfte deutlich hervorgehen, daß auch nach B. G. B. im Selbstcontrahieren ein Vertragsschluß nicht zu erblicken ist[4].

Was soeben vom Vertrage gesagt ist, gilt ebenso, wenn auch nicht in gleichem Umfang, für die einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Für diese findet sich in § 130 B. G. B. die Definition in den Worten: „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist". Voraussetzung ist also auch hier das Vorhandensein zweier Personen: des Erklärenden und des Adressaten der Erklärung. Dieses Erfordernis fehlt jedoch beim Selbstcontrahieren des Vertreters mit sich selbst: es ist nur der Selbstcontrahent vorhanden. Eine etwaige Erklärung an sich selbst ist aber keine Erklärung im Rechtssinne, sondern bestenfalls eine überflüssige und wirkungslose Handlung[5].

So kommen wir denn zu demselben Resultate, das wir bereits oben für das römische Recht gefunden haben, auch hinsichtlich der Selbstcontrahierungsfälle des B. G. B.: sie stellen sich als einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte dar[6].

---

1) cf. S. 17 ff. unserer Abhandlung.
2) in Grünhut's Zeitschrift Bd. 18 S. 520 ff.
3) cf. Hupka a. a. O. S. 274 f.
4) A. A. sind Cosack, Matthias, Cohen und K. G. vom 18. 4. 1900 in Seuffert's Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte. 3. Folge. Bd. 1 S. 79.
5) cf. du Chesne a. a. O. S. 68.
6) Ebenso: Endemann a. a. O. I. S. 345. Leonhard: Der Entwurf

Der Ansicht, daß im Selbstcontrahieren kein Vertragsschluß zu erblicken ist, scheint auch neuerdings das Reichsgericht zu sein. Es hält nämlich, sich dem Kammergericht anschließend, einen Vertragsschluß mit sich selbst für eine logische Unmöglichkeit und erklärt deshalb die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines anderen Grundstücks, sobald beide Grundstücke demselben Eigentümer gehören, auf Grund der Bewilligung desselben für unzulässig, da „nach § 873 B. G. B. zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ist . . , eine Einigung aber begrifflich das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraussetzt“ [1]).

Jedenfalls aber muß — darin stimmen alle überein, wie verschieden auf die Ansichten über die rechtliche Konstruktion des Selbstcontrahierens sein mögen — der Abschluß des Rechtsgeschäftes durch eine noch außenhin sichtbare Handlung, wie Eintragung in ein Buch, Erklärung vor Zeugen oder einer Urkundsperson, Legen des Geldes aus einer Kasse in die andere [2]), Unterbringung der Ware in einen besonderen Lagerraum [3]) sich dokumentieren.

Sobald der Vertreter seine Aeußerung auf diese oder jene Weise abgegeben hat, ist das Rechtsgeschäft definitiv abgeschlossen. Ist z. B. ein Kommissionär zugleich mit der Anschaffung und Verwahrung von Wertpapieren für den Kunden beauftragt und legt er die angeschafften Papiere, wenn auch ohne Nummernaufgabe, in eine mit des Kunden Namen versehene Mappe oder Schleife, so wird der Kunde gemäß § 930 B. G. B. durch diesen Selbstcontrahierungsakt des Kommissionärs als seines Vertreters endgültig Eigentümer der betreffenden Papiere [4]).

---

eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich S. 79. Samson a. a. O. S. 23. du Chesne a. a. O. S. 69. Hupka a. a. O. S. 273 ff.

[1]) R. G. vom 26. 1. 1901 in der J. W. Jhrgg. 1901 No. 12—15 S. 101 f.; ebenso K. G. vom 24. 9. 1900 in den „Blättern für Rechtspflege“ Jhrgg. 1900 S. 108.

[2]) Hupka a. a. O. hält dies dagegen nicht für ausreichend mit folg. Begründung: „Würde man diesen Akten für sich allein die Wirkung eines constitutum possessorium zuerkennen, so hätte das eine höchst bedenkliche Rechtsunsicherheit nicht nur für die beteiligten Parteien, sondern auch für dritte Personen zur Folge, die in das Vermögen der Selbsttradenten Konkurs oder Zwangsvollstreckung betreiben“. Dieselben Gründe könnte man dann aber auch überhaupt gegen den Eigentumsübergang mittels constitutum possessorium eines doch allgemein anerkannten Rechtsinstituts — geltend machen.

[3]) Oberlandesgericht Kiel vom 1. 4. 1902 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 5 S. 47.

[4]) R. G. vom 4. 7. 1902 Bd. 52 S. 130.

Keineswegs würde es daher zur Uebertragung des Eigentums vom Vertreter auf den Vertretenen ausreichen, wenn im obigen Beispiel der Bankier den Doppelwillen des Annehmens und Uebertragens des Eigentums an den Papieren nur in seinem Innern gefaßt hätte; er muß ihn vielmehr durch solche äußere Tatsachen, die den Eigentumsübergang Dritten erkennbar machen, an den Tag legen[1]).

Selbstverständlich ist es, daß der Vollmachtgeber dem Vertreter verbieten kann, Rechtsgeschäfte, soweit sie selbst in der Erfüllung von Verbindlichkeiten bestehen, mit sich selbst vorzunehmen; nur muß diese Erklärung ausdrücklich abgegeben werden.

Ueber den Rahmen des § 181 noch hinausreichende Einschränkungen enthalten die §§ 1630 Abs. 2 und 1795 B. G. B. für den Vater und den Vormund.

§ 1795, der nach § 1630 Abs. 2 auch für den Vater eines minderjährigen Kindes gilt, lautet:

„Der Vormund kann den Mündel nicht vertreten:

1. bei einem Rechtsgeschäfte zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht;
2. bei einem Rechtsgeschäfte, das die Uebertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Mündels gegen den Vormund oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande hat oder die Verpflichtung des Mündels zu einer solchen Uebertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründet,
3. bei einem Rechtsstreite zwischen den in Nr. 1 bezeichneten Personen sowie bei einem Rechtsstreite über eine Angelegenheit der in Nr. 2 bezeichneten Art.

Die Vorschrift des § 181 bleibt unberührt.

Wenden wir uns zunächst zu Absatz 1, so wird durch Ziffer 1 die Fähigkeit des Vormundes, den Mündel bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen diesem und dem Ehegatten oder einem Verwandten des Vormundes in gerader Linie ausgeschlossen.

Unter dem Ehegatten ist u. E. jedoch nur der jetzige, nicht auch der geschiedene oder im Falle der nichtigen oder der durch Todeserklärung getrennten Ehe der frühere Ehegatte gemeint.[2]) Das können

[1]) R. G. vom 3. 1. 1903 in der J. W. Jhrgg. 1903 Beilage S. 31 und D. J. Z. Bd. VIII S. 153.

[2]) Planck a. a. O. Bd. 4 Anm. 1a zu § 1795.

wir daraus entnehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er unter dem „Ehegatten" auch den geschiedenen oder den früheren Ehegatten mitinbegriffen wissen will, diese Bestimmung besonders hervorhebt wie z. B. in § 41 C. P. O.

Nicht berührt wird, wie wir aus dem Wortlaute der Ziffer 1 entnehmen können, die Fähigkeit des Vormundes zur Vertretung des Mündels bei Abschluß von Rechtsgeschäften zwischen diesem auf der einen und zwischen Seitenverwandten oder Verschwägerten des Vormundes, wenn auch in gerader Linie, auf der anderen Seite.

Dasselbe dürfte der Fall sein, wenn sich der Mündel und ein uneheliches Kind des Vormundes gegenüberstehen, da nach § 1589 Abs. 2 ein uneheliches Kind und dessen Vater als nicht verwandt gelten. Ist jedoch eine Frau Vormund, so greift das Verbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1, wenn sie als Vertreterin ihres Mündels mit ihrem unehelichen Abkömmling ein Rechtsgeschäft abschließen will, gemäß § 1705 B. G. B. durch.

Eine Ausnahme macht auch Ziffer 1 für solche Rechtsgeschäfte, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Es ist also dem Vormunde unbenommen, die Zahlung einer gegen seinen Ehegatten oder Verwandten gerader Linie bestehenden Forderung seines Mündels entgegenzunehmen oder eine Schuld des letzteren an jenen zu begleichen.

Sehr wichtig und für das Leben höchst bedeutungsvoll ist die in der Nr. 2 des § 1795 Abs. 1 aufgestellte Norm. Es handelt sich hier um solche Fälle, in denen der Vormund selbst Schuldner des Mündels ist und wegen dieser Schuld dem Mündel Sicherheit bestellt hat, sei es durch Eintragung einer Hypothek, durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Beschaffung eines Bürgen.

Von besonderer praktischer Wichtigkeit ist die Aufnahme dieser das Interesse des Mündels schützenden Vorschrift mit Rücksicht auf solche Fälle, in denen der Vormund auf Grund einer zwischen ihm und dem Mündel z. B. in Folge der Wiederverheiratung erfolgten Vermögensauseinandersetzung Schuldner des Mündels geworden ist und wegen dieser Schuld dem Mündel Sicherheit bestellt hat.[1])

Somit kann der Vater über das durch Hypothek gesicherte Muttererbe des in seiner Gewalt befindlichen Kindes nicht löschungsfähig quittieren, da dieses Rechtsgeschäft ja die Aufhebung der Hypothek, durch welche die Forderung des Kindes gegen seinen Vater gesichert ist, zum Gegenstande hat.[2])

---

[1]) Motive Bd. 4 S. 1091 f.

[2]) K. G. vom 24. 12. 1900 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 21 A. S. 29 f.

Darauf kommt es nicht an, wer Pfandschuldner oder Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist. Hat also im obigen Falle der Vater das Grundstück an einen Dritten verkauft und dieser die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so würde der Vater, sobald er nur persönlicher Schuldner seines Kindes geblieben ist, trotzdem dem Erwerber gegen Zahlung des durch Hypothek gesicherten Muttererbes löschungsfähige Quittung nicht zu erteilen fähig sein.

Man könnte allerdings hiergegen einwenden, daß die Forderung durch Zahlung seitens des Eigentümers erlischt, von einer Aufgabe der Sicherheit für die — nicht mehr bestehende — Forderung füglich nicht die Rede sein könne, mithin obige Gesetzesbestimmung auch keinen Platz greife.[1])

Diese Folgerung ist aber rechtsirrtümlich. Denn würde man sich jener Meinung anschließen, so würde bei Auszahlung des Kapitals eine Forderung des Mündels gegen den Grundstückseigentümer allerdings nicht mehr bestehen; das Kapital kann den geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Mündeln aber nicht ausgezahlt werden, sondern muß ihrem Vertreter d. h. hier dem Vater ausgehändigt werden. Die Mündel haben aber dann gegen diesen statt der bisher durch Hypothek gesicherten Forderung eine ungesicherte Forderung, eine Folge, die § 1795 Abs. 1 Ziffer 2 gerade ausschließen will.[2])

Zu demselben Ergebnis gelangt man auch auf Grund folgender Reflexion: Da der Vater persönlicher Schuldner der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung geblieben ist, so geht dadurch, daß der Eigentümer das Kind befriedigt, gemäß § 1143 Abs. 1 B. G. B. die Forderung desselben und nach § 1153 B. G. B. zugleich die Hypothek im Augenblick der Zahlung kraft Gesetzes auf ihn über, ohne daß es dazu der Abtretung bedarf. Der Uebergang der Forderung kraft Gesetzes ist nun aber eine „Uebertragung" derselben im Sinne des § 1795 Abs. 1 Nr. 2. Denn das B. G. B. umfaßt mit diesem Ausdruck ausweislich der §§ 398, 412 sowohl die Uebereignung durch Vertrag (Abtretung: § 398) als auch die kraft Gesetzes (§ 412) und diejenige durch richterliche Verfügung. Bei der Zahlungsempfangnahme würde es sich somit um ein Rechtsgeschäft

---

1) So Brachvogel in den „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts" Jhrgg. 47, Heft 4 u. 5, S. 545 ff.

2) K. G. vom 23. 12. 1901 und 17. 3. 1902 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 23 A S. 245 f. und Bd. 24 A S. 17 f.

handeln, das die Uebertragung einer durch Hypothek gesicherten Forderung des Kindes gegen den Vater zum Gegenstande hat.[1])

Würde dagegen gemäß § 416 B. G. B. der Erwerber des Grundstücks die Forderung des Kindes auch persönlich übernommen haben und der Vater somit völlig aus dem Schuldnexus heraustreten (414 B. G. B) — wozu es allerdings gemäß § 1909 B. G. B. der Vermittlung eines Pflegers bedurft hätte, da der Vater bei dem vorhandenen Widerstreit der Interessen gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 2 nicht die zum Zweck seiner Befreiung von der Schuld nach § 416 B. G. B. erforderliche Bekanntmachung der Schuldübernahme an sich selbst als Vertreter des Gläubigers, seines Kindes, erlassen konnte — so würde nichts im Wege stehen, daß er Zahlung entgegenehmen und löschungsfähig quittieren könnte.

Nr. 3 des § 1795 Abs. 1 schließt endlich die Vertretungsmacht des Vormundes bei Rechtsstreitigkeiten zwischen den in Nr. 1 bezeichneten Personen oder der in Nr. 2 bezeichneten Art aus.

Nach § 1795 Abs. 2 kann der Vormund bezw. der Vater namens des Mündels bezw. Kindes nicht mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft abschließen, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Hiernach ist der Vormund unfähig, mehrere Mündel bei Abschluß von Rechtsgeschäften unter einander mit rechtlicher Wirksamkeit zu vertreten.

Selbstverständlich ist es, daß der Vormund in den Fällen des § 1795 auch nicht das Recht hat, die Einwilligung zu dem von dem Mündel selbst vorzunehmenden Rechtsgeschäfte zu erteilen, da er ja sonst auf Umwegen das erreichen kann, was das Gesetz verbietet.

§ 19.

Folgen der Uebertretung der in den §§ 181 und 1795 B. G. B. enthaltenen Verbote.

Zum Schlusse wollen wir noch die Frage aufwerfen, welche Wirkung ein gegen die Bestimmung der §§ 181 und 1795 B. G. B. verstoßendes Rechtsgeschäft hat.

Nach dem Sprachgebrauche des B. G. B. bedeutet „kann nicht" die Unzulässigkeit des betreffenden Rechtsaktes, der, wenn er nichts desto weniger vollzogen wird, unwirksam und nichtig ist. „Das beabsichtigte Rechtsgeschäft ist vereitelt, rechtlich nicht vorhanden."[2])

[1]) K. G. vom 23. 8. 1902 in Mugdan-Falkmann a. a. O. Bd. 5 S. 362. — Anderer Meinung: Brachvogel a. a. O. S. 553 f.

[2]) Endemann a. a. O. Bd. I S. 36.

Als Folge einer Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 181 (Ein Vertreter . . . kann . . . nicht vornehmen) tritt also absolute Nichtigkeit des Rechtsaktes ein und zwar nach drei Richtungen hin:

a) Es gibt keine Heilung dieser Nichtigkeit. Insbesondere darf ein gegen das Verbot des § 181 vorgenommenes Geschäft nicht etwa als eine Willenserklärung eines nicht mit Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreters (§§ 177—180 B. G. B.) angesehen werden, so daß ein solches Rechtsgeschäft durch die nachträgliche Zustimmung der Vertretenen — sei es des Vollmachtgebers oder des inzwischen geschäftsfähig gewordenen Mündels oder seitens des Vormundschaftsgerichts — gültig werden könnte.[1])

b) Es ist unerheblich, ob der Dritte, mit dem der Vertreter das verbotswidrige Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, der Meinung war, daß dem Vertreter in dem concreten Falle das Selbstcontrahieren erlaubt war. Denn „die von § 181 B. G. B. verordnete Nichtigkeit des Geschäfts ist eine allgemeine, gegen jeden Beteiligten ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben wirksame."[2])

c) Endlich ist es auch gegenüber dem in § 181 ausgesprochenen Verbote ohne Bedeutung, wenn nach Gesetzesvorschrift eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung hat, wie es z. B. beim Geschäftsführer einer Gesellschft mit beschränkter Haftung auf Grund des § 37 Abs. 2. des Gesetzes betreffend die Gesellschaften m. b. H. und beim Prokuristen nach § 50 des H. G. B. zutrifft. Denn „unter solchen Einschränkungen können nur besondere und willkürliche, nicht aber allgemein gesetzliche — zu denen die des § 181 gehört — verstanden werden."[3])

---

[1]) Ebenso Cosack, Haidlen, Matthias und Planck u. a. Anders Ennecerus-Lehmann Bd. I S. 196, der in der Vorschrift des § 181 nur eine nähere Begrenzung der Vollmacht sieht mit der praktischen Folge, daß die Geschäfte, die nach § 181 unzulässig sind, durch Genehmigung wirksam werden können. Dieser Ansicht hat sich auch das R. G. in Bd. 56 S. 104 angeschlossen. — A. A. auch Hupka a. a. O. S. 341 ff., dessen Schluß: „Wenn die vorausgehende Gestattung des Prinzipals dem Selbstcontrahierungsakt Wirksamkeit verleiht, ist nicht einzusehen, warum die nachträgliche Genehmigung diese Kraft nicht haben soll" nicht zwingend ist. Denn bei vorheriger Gestattung des Selbstcontrahierens ist auch für jeden Dritten, der mit dem Vertreter in rechtliche Beziehungen tritt, die Sachlage eine klare, während bei erst nachträglicher Genehmigung nicht nur für den Selbstcontrahenten, sondern auch für den Dritten, der z. B. einen durch den Vertreter von dem Vertretenen durch Selbstcontrahieren erworbenen Gegenstand von ersterem in Kenntnis dieser Umstände gekauft hat, der endgültige Rechtszustand von der Entscheidung des Vertretenen abhängen würde.

[2]) R. G. vom 7. 6. 1902 Bd. 51 S. 426.

[3]) ebendort.

Sehr bestritten ist die Frage, welche Folgen ein vom Vormund entgegen dem § 1795 Abs. 1 B. G. B. abgeschlossenes Rechtsgeschäft hat. Neumann, Kuhlenbeck, Staudinger und viele andere, denen sich auch das Kammergericht[1]) angeschlossen hat, behaupten, das rechtswidrige Rechtsgeschäft sei nicht nichtig, sondern als ein ohne Vertretungsmacht vorgenommenes anzusehen, das durch Genehmigung des Pflegers wirksam werden könne, indem sie sich für diese ihre Ansicht auf die Ausführungen in den Motiven Bd. 4. S. 1088 berufen. — U. E. ist aber diese Bezugnahme mit Rücksicht darauf, daß seit der zweiten Lesung der § 1651 des ersten Entwurfs: „Der Vormund ist von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen" die Fassung „der Vormund kann den Mündel nicht vertreten" erhalten hat, völlig verfehlt. Gerade die Uebereinstimmung des nunmehrigen § 1795 mit dem § 181 B. G. B., für den, wie fast ausnahmslos anerkannt wird, die Worte „kann nicht" als zwingend aufzufassen sind, spricht dafür, daß auch ein nach § 1795 Abs. 1 verbotswidriges Handeln des Vormundes absolute Nichtigkeit des Rechtsaktes nach sich zieht.[2])

Litteratur-Verzeichnis.

Bähr: Gegenentwurf zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.
Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht.
Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts.
Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
Brachvogel: in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Jahrgg. 47 Heft 4 u. 5.
Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Cohen: Das sog. Selbstcontrahieren nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. 1901.
Corpus iuris canonici.
Corpus iuris civilis.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Curtius: Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.

[1]) Entscheidung vom 22. 4. 1901 in Johow-Ring a. a. O. Bd. 22 A S. 38.
[2]) Ebenso Endemann a. a. O. Bd. II S. 953 und Planck a. a. O. Bd. IV § 1795 Anm. 3.

Das Recht (Zeitschrift).
Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.
Dernburg: Das Vormundschaftsrecht. 3. Aufl.
Dernburg: Pandekten 5. Aufl. Berlin 1896.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs.
Deutsche Juristen Zeitung.
Du Chesne im Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Proceß Bd. 12 S. 65 ff. „Das Kontrahieren mit sich selbst."
du Chesne ebendort Bd. 14 S. 156 ff. „Auflassung an sich selbst".
Eccius: Zur Lehre von der Vollmacht nach dem B. G. B. in Gruchot's Beiträgen. Jahrgg. 47 S. 219 ff.
Eck in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 39: Besprechung des Rümelin'schen Buches: Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Rechte.
Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Endemann: Einführung in das Studium des B. G. B. 3. Aufl.
Ennecerus-Lehmann: Das bürgerl. Recht. Marburg 1898.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Fischer-Henle: B. G. B. Handausgabe 3. Aufl.
Foerster-Eccius: Preußisches Privatrecht.
Grünhut: Das Recht des Commissionshandels. Wien 1879.
v. Hahn in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29: Beiträge zur Lehre vom Commissionsgeschäft.
Hölder: Commentar zum allgemeinen Teil des B. G. B.
Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.
Huther: im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 4. S. 182 ff.
Johow-Ring: Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Juristische Wochenschrift.
Kohler: Gesammelte Abhandlungen über gemeines und französisches Civilrecht.
Kössler in Gruchot's Beiträgen Jahrgang. 36: Geldwechsel und Eigentum.
Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1900.
Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10: Die Stellvertretung bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften.
Leonhard: Der Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich und seine Beurteilung. Marburg 1891.
Leonhard in der Krit. Vierteljahrsschrift N. F. IV.
Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritt des Commissionärs. Stuttgart 1883.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
Meissels: Referat in Grünhut's Zeitschrift Bd. 18.
Meissner: Commentar zum 1. Buche des B. G. B. Breslau 1898.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.
Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.
Mugdan: Materialien zum B. G. B.
Mugdan-Falkmann: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Civilsachen.
Muskat in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 33: Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst.
Neumann: Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts 1. u. 2. Jahrgang 1—3. Lieferung.
Oertmann: Commentar zum B. G. B.
Planck: Commentar zum B. G. B.
Protokolle der Commission für die zweite Lesung.
Römer in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19: Ueber das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst.
Rümelin: Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg 1888.
Salman in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 41: Die duplex persona bei der Begründung von Rechtsverhältnissen.
Sammelakten (Zeitschrift).
Samson: Das sog. Selbstcontrahieren des Vertreters nach gemeinem Recht und bürgl. Gesetzbuch. Neumünster 1901.
Savigny: Das Obligationenrecht. Berlin 1853.
Schlossmann: Die Lehre von der Stellvertretung. Leipzig 1900 und 1901.
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Soergel: Rechtsprechung.
Staub: Commentar zum Handelsgesetzbuch. 6. Aufl.
Striethorst's Archiv Bd. 43.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen zum B. G. B.
Westmann: Der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl.
Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.